



SÖKANDE

Visma Collectors AB, 556439-5670

Ombud: Advokat Martin Dell och biträdande jurist Sofie Olovsson
RosholmDell Advokatbyrå AB
Stortorget 11
252 20 Helsingborg

MOTPARTER

1. Region Norrbotten
971 89 Luleå

2. Region Västernorrland
871 85 Härnösand

Ombud för 2: Joel Bergström
Region Norrbotten
971 89 Luleå

KONKURRENSVERKET	
2019-07-22	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

Upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU.

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Visma Collector AB:s ansökan och beslutar att upphandlingen ”2019 Inkassotjänster” för Region Norrbotten och Region Västernorrland inte får avslutas förrän rättelse skett genom att en ny anbudsutvärdering görs.

BAKGRUND

Region Norrbotten genomför åt sig själv samt som ombud för Region Västernorrland, som öppet förfarande enligt LOU, upphandlingen ”2019 Inkassotjänster” (dnr 2399-18). I varsitt tilldelningsbeslut meddelade Region Norrbotten och Region Västernorrland (hädanefter ”regionerna”) den 15-16 april 2019 att man avser teckna kontrakt med annan anbudsgivare än Visma Collectors AB (Visma).

Visma begär överprövning av upphandlingen gentemot båda regionerna och yrkar att upphandlingen ska göras om.

PARTERNAS INSTÄLLNING

Visma begär överprövning av upphandlingen gentemot båda regionerna och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan framför Visma bl.a. följande.

Det finns brister i upphandlingens utvärderingsmodell. Regionerna har utvärderat anbudsgivarnas tidigare referenser på ett otillåtet sätt genom att referensuppdragen utgör en del i anbudsutvärderingen. Varje referensuppdrag kunde ge maximalt sex poäng, totalt maximalt tolv poäng. Denna poäng har föranlett uteslutning vid 0–3 poäng, avdrag från utvärderingssumman med 60 procent vid 4–6 poäng, 30 procent vid 7–8 poäng och 15 procent vid 9-10 poäng samt inget avdrag vid 11–12 poäng. En offentlig upphandling är uppdelad i åtminstone två tydligt avgränsade faser efter anbudstidens gång; kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen. Till skillnad från kvalificeringsfasen ska anbudsutvärderingen undersöka vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt i den specifika upphandlingen. Därför är det kriterier specifikt kopplade till föremålet för upphandlingen som ska utvärderas.

Regionerna har valt att först utvärdera de inkomna anbuden och därefter kontrollera om de uppfyller kvalificeringskraven. Denna möjlighet, som erbjuds under 4 kap. 12 § LOU, innebär dock inte att kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen får sammanblandas eller att information från kvalificeringen kan utgöra grund för anbudsutvärdering, se EU-domstolens avgöranden C-31/87 *Beentje* och C-532/06 *Lianakis*. Även beaktandesats 94 och artikel 67 i direktivet 2014/24/EU (upphandlingsdirektivet) om kriterier, C-19/00 *SIAC Construction Ltd* om transparens och C-601/13 *Ambisig* återopå. Referenser kan enligt sistnämnda avgörande vara tillåtna i anbudsutvärderingar i undantagsfall avseende specifika nyckelpersoner som på ett betydande sätt påverkar utförandet och är avgörande för kvalitetsbedömningen samt också kommer att utföra själva uppdraget. Detta undantag är inte tillämpligt i den förevarande upphandlingen.

Enligt punkt 5.1.3 i de administrativa föreskrifterna ska anbudsgivaren ange genomsnittlig lyckandegrad i bilagan ”Tidigare erfarenhet” vari efterfrågas beskrivning av referensuppdragen, mottagare, tidpunkt, kontaktperson samt lyckandegrad för volym och kapital. Ingen information efterfrågas om nyckelpersonal eller annat som avser mervärden i anbuden eller som är specifikt kopplat till upphandlingens föremål. Snarare avser referensuppdragen just sådana omständigheter som huvudsakligen rör anbudsgivarens allmänna förmåga att utföra uppdraget och som därmed tydligt hör till kvalificeringsfasen.

Enligt upphandlingsdokument ska lyckandegrad i referensuppdragen utvärderas av anbudsgivarna själva, utan direktiv från regionerna vad som avses med detta eller hur det ska bedömas och beräknas. Anbudsgivarna får själva bedöma sin lyckandegrad avseende såväl volym som kapital, men ingen förklaring ges till vad som menas med dessa två poster.

Upphandlingen står i strid med transparensprincipen. Visma hade, före det procentuella avdraget baserat på lyckandegrad i de två referensuppdragen, den högsta utvärderingssumman av alla anbudsgivare men har nu hamnat på tredje plats. På grund av den otillåtna utvärderingsgrunden har Visma inte kunnat lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Bristerna avser dels anbudsutvärderingen, dels utformningen av själva upphandlingsdokumenten. Upphandlingen ska göras om.

Regionerna bestrider ingripande enligt LOU och framför bl.a. följande.

Det finns inget hinder mot att använda referenser i utvärderingsfasen så länge dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, se C 601-13 *Ambisig*. Detta gäller oaktat om upphandlingen gäller intellektuella tjänster eller inte, se Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 1047-18.

Regionen har inte sammanblandat kvalificerings- och utvärderingsfasen. Vad regionen utvärderat är inte referenser, utan anbudsgivarnas lyckandegrad för utförandet av tjänst. Syftet med att anbudsgivarna ska ange detta i dokumentet "Tidigare erfarenhet" är att regionen ska kunna säkerställa med angiven kontaktperson för angivet referensuppdrag att anbudsgivaren framställt lyckandegrad korrekt. Regionen vill ha denna möjlighet även om upphandlande myndighet som huvudregel ska kunna lita på ett anbud, se Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 6417-6422-10). Någon skyldighet att kontrollera att lämnade uppgifter i sig är riktiga kan inte anses föreligga om det inte i det enskilda fallet finns anledning att ifrågasätta uppgifterna, se Kammarrätten i Sundsvalls domar i mål nr 1823-12 och 2493-15 samt Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4904-09.

I de administrativa föreskrifterna, kapitel 3, ställs krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet. Där anges att anbudsgivaren ska ha tidigare erfarenhet,

under de tre senaste åren, av att ha arbetat med två liknande uppdrag. För att styrka detta ska bilagan "Tidigare erfarenhet" fyllas i komplett. Detta utgör en del av kvalificeringen. Lyckandegrad utgör däremot en kvalitetsaspekt kopplad till föremålet för upphandlingen, alltså den tjänst som anbudsgivaren erbjuder, snarare än till dennes kvalifikationer och tekniska eller yrkesmässiga kapacitet. Hur lyckandegrad ska bedömas framgår av upphandlingsdokumenten.

Anbudsutvärderingen strider inte mot LOU och ingen ovidkommande hänsyn har tagits. Den upphandlande myndigheten får i princip fritt välja utvärderingskriterier förutsatt att dessa inte medför obegränsad valfrihet, och får anses bäst lämpad att utvärdera anbud.

Anbudsgivarna har en omsorgsplikt och skyldighet att söka klargöranden om de anser ett förfrågningsunderlag vara ottydligt, se bl.a C-583/13 *eVigilo*. En normalt omsorgsfull anbudsgivare måste påtala även andra brister än redan under anbudstiden, se bl.a. C-230/02 *Grossman Air*. Visma har inte påvisat på vilket sätt bolaget lidit skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering m.m.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Frågan i målet kan brytas ned i tre delar: 1) om regionerna har använt referenser i utvärderingsfasen och i så fall om detta är otillåtet, 2) om regionerna på ett otillåtet sätt har sammanblandat kvalificeringsfasen och tilldelningsfasen och 3) om regionernas poängutvärdering strider mot LOU.

Ifall regionerna på någon av punkterna brutit mot LOU väcks frågan om Visma har lidit eller kan komma att lida skada till följd av överträdelsen. Om så också är fallet ska förvaltningsrätten ingripa mot upphandlingen enligt 20 kap. 6 § LOU.

Referenstagning i utvärderingsskedet?

Regionerna menar att de inte har använt referenser i utvärderingsfasen, dvs. i den fas där kontrakt ska tilldelas åt det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet enligt 16 kap. 1 § LOU. Istället, menar regionerna, ska anbudsgivaren själv ska ange lyckandegrad i formuläret för två genomförda uppdrag samt att regionerna förbehållit sig rätten att kontrollera uppgiftens riktighet.

I upphandlingsdokumentets formulär ”Tidigare erfarenhet” anges att lyckandegraden ”ska vara genomsnittlig och baseras på det sista/senaste året av angivet referensuppdrag”. För ”Referensuppdrag 1” och ”Referensuppdrag 2” ska anbudsgivaren ange beskrivning av uppdrag, mottagare, tidpunkt, lyckandegrad för inkassoärenden (kapital), lyckandegrad för inkassoärenden (volym) samt kontaktperson med namn och telefonnummer. Det sistnämnda kan inte tolkas på något annat rimligt sätt än att regionerna avser att ta referenser. Det förefaller svårgörligt att objektivt betygsätta sig själv. Oaktat att anbudsgivaren själv fått fylla i lyckandegrad, samt att regionerna nu hävdar att de bara tänkt kontakta referenspersoner om det påkallas av speciella omständigheter, är det enligt upphandlingsdokumentet – vilket är vad anbudsgivaren har att gå efter – fråga om referenstagning.

Det finns inget hinder mot att använda referenser i utvärderingsfasen så länge dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I C-601/13 *Ambisig* punkt 31-32 uttalar EU-domstolen att utförarnas yrkesmässiga förtjänster, erfarenhet och utbildning kan vara relevant som kvalitetskriterium i synnerhet om kontraktsföremålet avser

intellektuella tjänster. I Kammarrätten i Stockholms dom den 26 juni 2018 i mål nr 1047-18 framhålls att *Ambisig* inte signalerar något förbud mot att använda referenser i utvärderingsfasen oavsett om föremålet för upphandlingen är intellektuella tjänster eller inte.

Förvaltningsrättens slutsats i denna del är att regionerna enligt upphandlingsdokumentet ska använda referenstagning som tilldelningskriterium och att detta inte i sig är förbjudet. Skäl för ingripande saknas på denna punkt.

Sammanblandning av faser?

Att referenser får nyttjas som tilldelningskriterium innebär inte med nödvändighet att dessa i samma upphandling även kan vara kvalificeringskriterium med skall-krav. Denna problematik berörs i EU-domstolens avgörande C-532/06 *Lianakis*. Avgörande är dock inte eventuell referenstagning som metod för informationsinhämtande, utan istället det faktum att kriterierna inte får sammanblandas. Kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga, kan inte anses vara tilldelningskriterier (punkt 30). Kriterier av sistnämnda sort hör istället hemma i kvalificeringsfasen. Faserna ska vara "två skilda moment" (punkt 26).

Begreppet lyckandegrad i upphandlingsdokumentet är ett uppenbart tilldelningskriterium med poäng för kvalitet på tidigare utförda inkassouppdrag. Likaledes är kraven i de administrativa föreskrifternas kapitel 3 gällande teknisk och yrkesmässig kapacitet m.m. uppenbara kvalificeringskrav.

Förvaltningsrätten anser att de båda faserna, såvitt kunnat inverka på Vismas chanser i upphandlingen, är så pass tydligt åtskilda i

upphandlingsdokumentet att den av Visma ifrågasatta transparensprincipen inte överträts och att skäl för ingripande inte föreligger på denna grund.

Poängutvärderingen

Förvaltningsrätten har konstaterat att upphandlingsdokumentet ger vid handen att referenstagning kommer att användas. Att anbudsgivaren själv ska ange "lyckandegrad" är inte skäl nog att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare bort betvivla att det kommer att gå till ungefär som referenstagningar brukar göra. Inget ger vid handen att Visma i denna del åsidosatt sin omsorgsplikt som anbudsgivare.

Vad regionerna nu anför visar dock på en långtgående avsikt att låta anbudsgivare betygsätta sina egna referensuppdrag. Att ett visst mått av sköns-
mässig bedömning ofta är ofrånkomligt vid bedömning av utförda tjänster, har uttalats i praxis (jfr Kamrarrätten i Jönköpings dom den 4 februari 2009 i mål nr 5-09). Det tar dock subjektiviteten och skönsmässigheten till en ny och oacceptabel nivå att låta anbudsgivaren poängsätta lyckandegrad på sina referensuppdrag och inte kontrollera detta med ifylld kontaktperson i mera än vad som motsvarande den närmast obefintliga kontrollskyldighet som förelåg för skall-krav i ÄLOU. Trots vad regionerna anført anser förvaltningsrätten att detta tillvägagångssätt inte alls framgått. Hur regionerna sedermera valt vilka referenser som behövde kontrolleras, om några alls, är oklart. Det framstår som att den anbudsgivare gynnats som dristat sig att ge sig själv högre betyg på lyckandegrad än det funnits täckning för. Regionerna har av dessa skäl brutit mot transparensprincipen i 4 kap. 1 § LOU samt tilldelningsprincipen om ekonomiskt mest fördelaktiga anbud i 16 kap. 1 § LOU.

Skada och ingripande

Visma kom på tredje plats i utvärderingen och har inte tilldelats kontrakt. Ingen kan veta hur poängen hade utfallit om en normal referenstagning gjorts. Visma har därför lidit eller riskerat att lida skada av regionernas ovan beskrivna överträdelse av LOU. Skäl för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU finns följaktligen.

Eftersom felet inte berör det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen är det tillräckligt att den rättas på så sätt att utvärderingen görs om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Överklagandet ska ges in till Förvaltningsrätten i Luleå men vara ställt till Kammarrätten i Sundsvall. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Caroline Isaksson
rådman

David Munck 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 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 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.

