



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 14

DOM
2013-10-29
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
15721-13

SÖKANDE

Sirona AB, 556804-5487
Birger Jarlsgatan 33
111 45 Stockholm

Ombud: Advokat Ulf Djurberg
Setterwalls Advokatbyrå AB
Box 1050
101 39 Stockholm

Jur.kand. Louise Falk Gustafsson
Setterwalls Advokatbyrå AB
Box 112 35
404 25 Göteborg

MOTPART

Myndigheten för vårdanalys
Box 6070
102 31 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2013-10-30	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Sirona AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 402619

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

YRKANDEN M.M.

Myndigheten för vårdanalys (Vårdanalys) genomför en upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) av konsulttjänster för analyser, uppföljningar och utvärderingar. I tilldelningsbeslut den 19 juni 2013 meddelade Vårdanalys att de avser att teckna avtal med åtta anbudsgivare. Av upphandlingsprotokollet framgår att Vårdanalys förkastat Sirona AB:s (Sirona) anbud med motiveringen att det av anbudet inte framgår att erbjuden konsult har genomfört minst tre projekt omfattande analys, uppföljning eller utvärdering av det svenska vård- och omsorgssystemets organisation och funktion. Anbudet har av Vårdanalys därför inte bedömts uppfylla kravet på kapacitet (att redovisa minst en person på nivå 1 och minst två personer på nivå 2).

Sirona ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen i första hand inte får avslutas innan rättelse vidtagits och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd härför anför Sirona bl.a. följande.

Vårdanalys har agerat i strid med 1 kap. 9 § LOU eftersom Sironas anbud förkastats trots att det uppfyller samtliga krav i upphandlingen. För det fall Vårdanalys beslut att förkasta anbudet skulle anses riktigt gör Sirona gällande att förfrågningsunderlaget och konkurrensutsättningen i upphandlingen är oförenlig med de unionsrättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU och särskilt transparens- och proportionalitetsprinciperna. I förfrågningsunderlaget har inte tydligt angetts vad som krävs för att ett anbud ska kvalificeras till utvärdering. Vårdanalys har bedömt att Sironas anbud inte är komplett på den grunden att bolaget för en av de offererade konsulterna på nivå 2 redovisat ett referensprojekt som inte varit avslutat vid den sista anbudsdagen den 23 januari 2013. Vårdanalys menar därmed att bolaget

inte uppfyller kravet i punkt 2.7.4 i förfrågningsunderlaget. Vårdanalys bedömning är emellertid inte korrekt.

Förfrågningsunderlaget uppställer inte något uttryckligt krav på att de tre referensprojekt som en anbudsgivare anger till styrkande av en konsults erfarenhet på nivå 2 ska vara avslutade vid den sista anbudsdagen, den 23 januari 2013. Det enda uttryckliga tidskravet som uppställs är att de tre projekten ska ha utförts efter den 31 december 2007. Det kan inte rimligtvis krävas av en anbudsgivare att denne gör en språklig tolkning av förfrågningsunderlaget för att kunna förstå vilka krav som den upphandlande myndigheten ställer. Det är Sironas uppfattning att upphandlande myndigheter, för att uppfylla transparensprincipen, i förfrågningsunderlaget normalt anger att referensuppdrag ska vara avslutade och per vilken dag detta ska ha skett, i de fall myndigheten inte godtar pågående referensuppdrag. Sirona har inte av förfrågningsunderlagets ordalydelse förstått att de referensprojekt som angavs inte fick vara pågående. I sådant fall skulle bolaget givetvis ha angett avslutade referensprojekt motsvarande kravets innebörd eller vid osäkerhet om vad som gällde, ställt en fråga till Vårdanalys. Det är dessutom många gånger svårt att avgöra när ett konsultprojekt inom den aktuella, och andra branscher, är avslutat eftersom ett projekt många gånger förändras eller utvidgas över tid.

Av redogörelsen i meritförteckningsmallen avseende referensprojektet för Kompetenscentrum för psykiatriska och andra kvalitetsregister, Örebro och Uppsala (KPC) framgår att samtliga faser i projektet skulle avslutas i februari 2013. Projektet för KPC slutfördes formellt den 1 februari 2013, dvs. en vecka efter sista anbudsdag.

Två av de 25 bolag som lämnade anbud i upphandlingen kvalificerades inte eftersom de angett pågående referensuppdrag avseende konsulter på nivå 2. Ytterligare sex bolag kvalificerades inte eftersom de angett på-

gående referensuppdrag avseende konsulter på nivå 1 eller nivå 2. Att åtta anbudsgivare förkastats för att de inte uppfyllde det aktuella kravet innebär att förfrågningsunderlaget brister i transparens eftersom en normalt omsorgsfull leverantör inte förstått vad som efterfrågats. Att anbudsgivarna och referenspersonerna i den aktuella upphandlingen inte tolkat begreppet *genomförts* så entydigt som Vårdanalys gör gällande, dvs. att referensprojekten ska vara avslutade, och att det är svårt att avgöra om ett projekt avslutats eller fortlöper framgår av de övriga överprövningarna i samma upphandling. Kammarrätten i Stockholm har i ett avgörande den 2 februari 2011 (mål nr 6528-10) funnit att det inte föreligger några hinder mot att en anbudsgivare tillåts styrka sin kapacitet med pågående uppdrag.

Enligt Sironas mening kan det i det aktuella fallet inte anses vara nödvändigt att enbart begära avslutade referensprojekt för att visa på en tillräcklig leveranskapacitet hos anbudsgivaren. Det aktuella kravet, med den innebörd Vårdanalys gör gällande, står därför i strid med proportionalitetsprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

Vårdanalys yrkar att Sironas yrkande ska avslås och anför bl.a. följande.

Vårdanalys har förkastat Sironas anbud eftersom ett av de projekt, referensprojekt 2, avseende viss konsult har varit pågående och inte uppfyller kravet att projektet ska ha genomförts. Den semantiska innebörden av att något ska ha genomförts är att handlingen ska ha utförts från början till slut. Detta följer dels av att ordet genomföra betyder utföra från början till slut (se bl.a. Nationalencyklopedins ordbok), dels av att tempusformen perfekt, som har använts i den aktuella kravformuleringen, innebär att den ifrågavarande handlingen ska vara fullbordad. Ett pågående projekt är varken fullbordat eller utfört från början till slut. Avsaknaden av ordet avslutat medför således inte att Vårdanalys har saknat giltig grund för att förkasta Sironas anbud.

Redovisningen i Meritförteckningsmall Personal nivå 2 adresserar varken kvalitets- eller tidsplansuppfyllnad och innehåller inte ordet avrapportering. Vad som framgår av redovisningen är att projekten skulle avslutas efter anbudsinlämning och att delavstämning var genomförd. Ingen av dessa omständigheter, varken var för sig eller i förening, neutraliserar det faktum att projektet, per sista anbudsdag, var pågående. Redovisningen i Meritförteckningsmall Personal nivå 2 medför således inte att Vårdanalys har saknat giltig grund för att förkasta Sironas anbud.

Enligt vad som anförts ovan har det tydligt framgått vad som krävs. Därtill har Sirona, för det fall bolaget upplevt en osäkerhet kring huruvida Vårdanalys efterfrågade någonting annat än det som följer av ordalydelsen, haft möjlighet att inkomma med frågor under en tidsfrist om 54 dagar. Några osäkerheter lyftes därvid inte av Sirona. Att andra anbudsgivare inte har lyckats uppfylla aktuellt krav kan inte likställas med att kravet är otydligt eftersom avsaknaden av kravuppfyllnad kan ha andra förklaringar såsom att anbudsgivaren faktiskt saknar erfarenhet av genomförda projekt. I merparten av anbudena framgår det dessutom att det ifrågavarande kravet är uppfyllt.

Om referensuppdragen skulle vara pågående skulle det inte framgå av referenstagningen huruvida anbudsgivaren har kapacitet att utföra samtliga moment. Det har således varit nödvändigt att kräva att referensuppdragen var genomförda för att säkerhetsställa att leverantören har erforderlig kapacitet i form av erfarenhet och förmåga. Detta har även varit nödvändigt för att tillgodose den övergripande funktionen med referenstagning, att få ett omdöme från en oberoende part.

Den omständigheten att det enligt Sironas mening många gånger är svårt att avgöra när ett projekt är avslutat motiverar inte något annat synsätt. Sirona har själv anförts att bolaget givetvis skulle ha angett avslutade refe-

rensprojekt om man hade förstått att referensprojekten inte fick vara pågående. Någon faktisk svårighet att ange avslutade referensprojekt tycks således inte ha förelegat. Det har således funnits giltiga skäl för att kräva att referensuppdragen skulle vara genomförda och kravet står därmed inte i strid med proportionalitetsprincipen.

Att referensuppdrag kan vara pågående om detta uttryckligen anges i förfrågningsunderlaget (jfr mål nr 6528-10) utgör ett undantag från denna utgångspunkt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande följas vid all offentlig upphandling. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad Sirona har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

I förfrågningsunderlagets punkt 2.7.4 anges bl.a. följande.

Leverantören ska tillhandahålla minst två konsulter på nivå 2. Respektive konsult ska uppfylla följande krav:

- Konsulten ska i rollen som projektledare ha genomfört minst tre projekt omfattande analys, uppföljning eller utvärdering av det svenska vård- och omsorgssystemets organisation och funktion. Projektet kan ha avsett både övergripande och specifika analyser inom områden såsom läkemedel, äldreomsorg, psykiatri patienten/brukarens ställning, vårdvalsinformation, öppna jämförelser, ersättningsystem och kunskapsstyrning. Projekten ska ha levererats enligt överenskommen kvalitet och inom tidplanen för projektet. För att bekräfta att kravet är uppfyllt ska anbudsgivaren redovisa tre referenser per erbjudna konsulter. Refe-

rensers ska avse uppdrag enligt kravet för en för anbudsgivaren extern beställare och ska ha utförts efter den 31 december 2007.

Sirona har bl.a. gjort gällande att det av förfrågningsunderlaget inte framgår att de efterfrågade referensprojekten skulle vara *avslutade* per sista anbudsdag eller att anbud med pågående referensprojekt inte skulle kvalificeras i upphandlingen.

För att ett förfrågningsunderlag ska vara förenligt med LOU och EU-rätten krävs att det är tillräckligt klart och tydligt utformat och att samtliga anbudsgivare ges insikt i hur bedömningen av deras anbud kommer göras. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten iakttas (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrätten konstaterar att det i punkten 2.7.4 bl.a. anges att konsulten i rollen som projektledare ska *ha genomfört* minst tre projekt, att projekten kan *ha avsett* både övergripande och specifika analyser och att projekten ska *ha levererats* enligt överenskommen kvalitet och inom tidplanen för projektet. Om inget särskilt anges i förfrågningsunderlaget är huvudregeln att skall-kraven ska vara uppfyllda vid tiden för anbudsingivandet, under förutsättning att det inte kan anses oproportionerligt att kräva kravuppfyllelse vid denna tidpunkt (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 5 april 2012, mål nr 26-12). Utifrån utformningen av förfrågningsunderlaget och det aktuella skall-kravet kan det enligt förvaltningsrättens mening inte tolkas på annat sätt än att kravet, att konsulten i rollen som projektledare ska ha genomfört minst tre projekt, måste vara uppfyllt vid anbudslämnandet. Utformningen av det aktuella skall-kravet kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses stå i strid med transparensprincipen.

Sirona har vidare gjort gällande att det inte kan anses nödvändigt att enbart begära avslutade referensprojekt för att visa på en tillräcklig leverans-

kapacitet hos anbudsgivaren. Sirona har även anfört att det inte fanns någon risk för att referenstagningen skulle påverkas eller annars framstå som olämplig eftersom det referensuppdrag som Vårdanalys underkände för Sirona avslutades den 1 februari 2013.

Av praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning av om proportionalitetsprincipen åsidosatts ska genomföras i tre steg. För det första ska prövas om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska prövas om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska prövas om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven i jämförelse med det eftersträvade syftet (se t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 23 april 2013 i mål nr 8972-12).

Vårdanalys har anfört att syftet med det aktuella kravet bl.a. är att säkerhetsställa att leverantören har erfarenhet av och förmåga att utföra uppdrag från början till slut samt att det varit nödvändigt att kräva att referensuppdragen var genomförda för att tillgodose den övergripande funktionen med referenstagningen, att få ett omdöme från en oberoende part.

Förvaltningsrätten finner vid en samlad bedömning att kravet på att konsulten i rollen som projektledare ska ha genomfört tre uppdrag är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet, att något mindre ingripande alternativ inte kan anses föreligga och att det inte kan anses oproportionerligt eller överdrivet i jämförelse med det eftersträvade syftet. Om kravet exempelvis även hade inkluderat pågående uppdrag hade inte säkerhetsställts att leverantören även har erfarenhet av och förmåga att slutföra uppdrag. Kravet hade då inte säkerhetsställt att det efterfrågade syftet uppnåddes. Att det i efterhand framkommit att ett av projekten avslu-

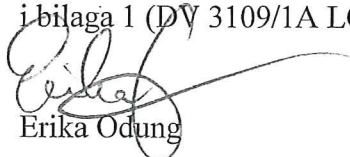
tades cirka en vecka efter anbudstidens utgång förändrar inte förvaltningsrättens bedömning att det aktuella skall-kravet inte kan anses gå utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen.

Sirona har i sitt anbud angett att tidpunkten för genomförande av ett av projekten för en av konsulterna på nivå 2 var december 2012 - februari 2013. Eftersom projektet, enligt anbudet, vid tidpunkten för anbudsingivandet ännu inte var avslutat har Sirona inte visat att det aktuella skall-kravet är uppfyllt. Av likabehandlingsprincipen följer att den upphandlande myndigheten inte får bortse från de skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Skall-krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska utvärdera och pröva anbudet. Eftersom samtliga skall-krav inte har uppfyllts har det varit riktigt av Vårdanalys att inte utvärdera Sironas anbud.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att vad Sirona anfört inte utgör omständigheter som visar att Vårdanalys har utfört upphandlingen i strid med LOU eller någon av de grundläggande unionsrättsliga principerna för offentlig upphandling. Förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger således inte. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Erika Odung

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Jennie Åsberg 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 nås 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.