



SÖKANDE

MBVB Kommunikation AB, 556918-4483
c/o Åberg Walther
Blekingegatan 18
118 56 Stockholm

Ombud: advokaten David Hertzman
Advokatfirman Gärde & Partners AB
Erik Dahlbergsallén 15
115 20 Stockholm

MOTPART

Örnsköldsviks kommun
891 88 Örnsköldsvik

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

KONKURRENSVERKET	
2014-10-20	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND

Örnsköldsviks kommun (kommunen) genomför upphandlingen Hemsida, marknadsmaterial och reklamfilm med diariernr 14-024. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande. Under anbudstiden kom det in fem stycken anbud, varav två kvalificerades för utvärdering. Kommunen beslutade den 28 maj 2014 att teckna avtal med den av dessa två leverantörer som offererat det lägsta priset. Av utvärderingsprotokollet framgår att anbud från MBVB Kommunikation AB (MBVB) diskvalificerades med motiveringen "Krav ej uppfyllt i grupp Priser".

MBVB ansöker om överprövning, yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Den utvärdering som gjorts står i strid med likabehandlingsprincipen och principen om transparens. Tilldelningskriterierna för demonstration/pitch består av *"upplägg, idé och design av hemsidan, övriga lösningar, erfarenheter, resurser, modeller etc som uppdraget kan ha nytta av i detta projekt samt överensstämmandet till den skriftliga presentationen."* Detta uttrycker i generell hållna termer vad anbudsgivarens demonstration/pitch ska visa i fråga om anbudsgivarens skicklighet i olika avseenden samt hur demonstrationen/pitchen ska förnimmas av betraktare. Enligt likabehandlingsprincipen ska anbudsgivarna ha möjlighet till insyn för säkerställande av att de grundläggande principerna efterlevs. Av detta följer att tilldelningskriterier ska utformas så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna tolka kriterierna på samma sätt. Ett tilldelningskriterium får inte innebära att den upphandlande myndigheten erhåller obegränsad valfrihet när kontrakt ska tilldelas. Det framgår inte av kommunens tilldelningsbeslut hur utvärdering av demonstration/pitch har gjorts i fråga om tilldelningskriterierna har tillämpats genom viktning eller i fallande prioriteringsordning. Det kan i stället antas att utvärderingen har gjorts på subjektiva grunder och på ett sätt som inte närmare redovisas i vare sig tilldelningsbeslut eller i förfrågningsunderlag.

Samtliga tilldelningskriterier avser estetiska kvaliteter och vilka subjektiva intryck som ska uppstå hos en presumtiv betraktare. Detta innebär att kommunen erhåller obegränsad valfrihet vad gäller godkännande eller underkännande av ett anbud, vilket står i strid med likabehandlingsprincipen. Godkännande eller underkännande av demonstration/pitch ska göras efter att kvalificeringsfasen har genomförts. Alla anbud gick vidare från kvalificering, men tre av fem anbud har uteslutits från vidare utvärdering efter bedömning enligt tilldelningskriterium demonstration/pitch. Resterande anbud har utvärderats med avseende på lägsta pris. Detta förfarande kan inte anses medföra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas eftersom samtliga kvalificerade anbud inte bedömts efter samtliga tilldelningskriterier. MBVB har lämnat lägst pris i anbudet och har i övrigt god kravuppfyllelse och dess demonstration/pitch står sig väl i jämförelse med de kvalificerade anbudena. Kommunens e-post av den 2 juni 2014 ger uttryck för att MBVB:s demonstration/pitch har bedömts med ledning av andra utvärderingskriterier än vad som har angetts i förfrågningsunderlagets punkt 4.1. På fråga från MBVB om utvärdering av anbud har kommunen svarat *"Varför ni inte kvalificerade er var för att vi inte kunde se ett resultat framför oss av det som ni presenterade för oss. Vi kände att de som vann presenterade den känsla som vi vill förmedla med detta projekt och hemsidan skulle kunna locka besökare till konstparken."* - MBVB anser inte att kravet avseende demonstration/pitch utgör ett minimikrav på den tjänst som efterfrågas. Såsom kravet är utformat kan det inte anses vara ett krav som syftar till att uppställa obligatoriska krav på tjänsten. MBVB har på grund av detta ansett att aktuellt krav närmast utgör ett tilldelningskriterium, det vill säga är hänförligt till hur väl leverantören har visat att den skulle kunna utföra uppdraget. Kravet är inte heller utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka kravet på samma sätt. Likabehandlingsprincipen gäller dock oavsett vilken typ av krav det må anses vara. Såvitt framgår av ska-krav enligt förfrågningsunderlaget anges inte vad som ankommer på leverantören för

att uppfylla ställda krav och få godkänt. Kommunens motivering synes ta fasta på vaga och subjektiva intryck som förmedlad känsla och attraktionskraft gentemot besökare. Därutöver framgår att referensgruppen inte har motiverat sin bedömning utifrån kravet utan med hänvisning till helt andra faktorer.

Kommunen synes vidare ha sammanblandat kvalificeringskriterier och utvärderingskriterier. Kommunens utvärdering innebär att pris inte beaktas under utvärderingsfasen utan att anbuden först bedöms enbart med hänsyn till demonstration/pitch för att därefter eventuellt gå vidare till ytterligare en utvärderingsomgång. Först under den andra utvärderingsomgången bedöms anbuden med hänsyn till lägsta pris. Förfarandet diskvalificerar anbud utan giltig grund och utan att prövning av anbuden sker på samma konkurrensvillkor, och står således i strid med upphandlingsrättens krav på förutsebarhet och likabehandling, jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 14 september 2011 i mål nr 3522-11. Av tilldelningsbeslutet följer att MBVB:s anbud i övrigt uppfyller förfrågningsunderlagets samtliga krav. Till följd av att kommunen brustit i upphandlingsförfarandet har MBVB riskerat att lida eller lidit skada. – Bedömningen avseende demonstration/pitch syftar inte till att infordra uppgifter för att bedöma anbudsgivarens förmåga och kapacitet, utan syftar till att utvärdera hur väl en anbudsgivare skulle komma att utföra det efterfrågade uppdraget. Anbuden har således gått genom en kvalificeringsfas för att därefter utvärderas utifrån kriterier avseende kvalité och estetiska egenskaper. Endast de anbudsgivare som fått omdömet godkänt har utvärderats med beaktande av lägsta pris. Följaktligen har kommunen utgett sig för att genomföra utvärdering för att tilldela kontrakt efter lägst pris men i själva verket har kommunen genomfört två utvärderingsfaser.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Kommunen har på ett tydligt sätt visat hur de grundläggande principerna i LOU

ska följas. Frågan om tilldelningskriterier har tillämpats genom viktning eller i fallande prioriteringsordning som MBVB talar om i sitt överklagande rör en ordning som inte hör hemma i en upphandling där utvärderingsmodellen är lägst pris. Vissa av de dokument som ingår i upphandlingen innehåller rubriker som inte är helt relevanta vid den här typen av utvärdering. Någon annan bedömning av pitchen än den som framgår av dokumentet "Skallkrav" punkt 4.1 har inte gjorts, där framgår också tydligt att om referensgruppen inte bedömer pitchen som godkänd går den ej vidare. Precis som framgår av dokumentationen har MBVB:s anbud inte vunnit, då det ej uppfyllt de krav som fanns beskrivet i förfrågningsunderlaget avseende referensgruppens bedömning av pitchen. Kommunen har följt de tydliga instruktionerna i förfrågningsunderlaget och behandlat alla leverantörer lika, och har således varken brutit mot likabehandlingsprincipen eller principen om transparens.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

Upphandlande myndighet ska 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 (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten efter ansökan av en leverantör besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 4 och 6 §§ LOU).

Utredningen i målet

I de administrativa föreskrifterna anges i avsnitt 2 **KRAV PÅ ANBUDSGIVAREN** bl.a. krav på Teknisk och yrkesmässig kapacitet i form av erfarenhet, kompetens och referenser. Anbudsgivaren ska även beskriva sin kvalitetssäkringsmetod. Härfter anges:

3 ANBUDSPRÖVNING

Anbudsprövningen sker i tre steg: kvalificering, godkänd pitch av anbudsgivare och anbudsutvärdering.

Prövningen kommer att ske utifrån anbudsgivarens anbud.

Referensgrupp med tre personer kommer att bedöma pitchen (länk) som ska presenteras via Skype. För att det ska bli godkänt måste minst två av tre personer godkänna pitchen.

3.1 Kvalificeringsfasen

Kvalificeringsfasen omfattar formell prövning av anbudsgivarens lämplighet med avseende till dennes

- Tekniska och yrkesmässiga kapacitet
- Uppfyllande av i förfrågan ställda ska-krav

3.2 Utvärderingsfasen

I utvärderingsfasen utvärderas de anbud om gått vidare från kvalificeringsfasen.

3.3 Vinnande anbud

Det anbud som har lägst pris ska antas.

I upphandlingens Utvärderingsformulär anges bl.a. följande:

Krav 1.0.1

Referensgruppen kommer att godkänna eller underkänna anbudsgivarnas pitchar enligt punkt 4.1 i Ska-krav.

Om flera anbudsgivare blir godkända kommer lägsta pris att tillämpas.

I Skallkravsformuläret anges följande under punkt 4.0 **Demonstration/pitch** av sidan:

Krav 4.1

Presentation av idé och koncept ska ske via Skype under v. 22, tider kommer att tilldelas efter anbudsöppning skett. ---

Vid bedömningen av pitchen kommer beställaren (referensgruppen) bland annat ta hänsyn till:

- upplägg, idé och design av hemsidan,
- övriga lösningar, erfarenheter, resurser, modeller etc som uppdraget kan ha nytta av i detta projekt,
- överensstämmandet till den skriftliga presentationen.

Referensgruppen består av ett team om tre medarbetare som kommer att bedöma hemsidan, den/de anbudslämnare som inte får godkänt av minst två av tre medarbetare går inte vidare i utvärderingen.

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som bär upp denna lagstiftning samt att den som begär överprövning lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens brott mot LOU.

Principen om likabehandling, som utgör grunden för direktivet om offentlig upphandling, innebär en skyldighet att lämna insyn, så att det kan kontrolleras att principen iakttas. Av likabehandlingen följer sålunda att anbudsgivarna ska ges lika möjlighet att utarbeta sina anbud och att de ska behandlas lika när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten. Förfrågningsunderlaget ska vara utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Varje leverantör ska därmed med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kunna bilda sig en uppfattning av möjligheterna att lämna ett konkur-

renskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas. 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 (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50).

Kvalificeringskriterier tar sikte på leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet samt ekonomiska förmåga. Ett anbud som inte uppfyller kvalificeringskrav måste i enlighet med principerna om likabehandling och förutsebarhet förkastas och får inte gå vidare till utvärdering.

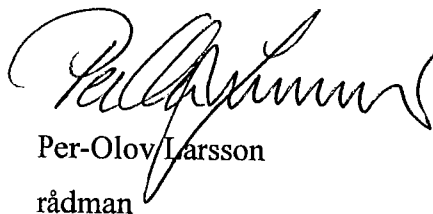
Av förfrågningsunderlaget måste det vidare framgå vilka tilldelningskriterier den upphandlande myndigheten har valt för upphandlingen. Tilldelningsgrunder är antingen *lägst pris* eller *det ekonomiskt mest fördelaktiga*, varvid den upphandlande myndigheten vid den senare tilldelningsgrunden även tar hänsyn till andra kriterier än enbart priset. Då kontraktet ska tilldelas till det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska de tilldelningskriterier som den upphandlande myndigheten avser att tillmäta betydelse vid utvärderingen av anbuden anges, liksom de – i enlighet med grunderna för den offentliga upphandlingen – måste vara formulerade på ett sådant sätt att alla leverantörer kan tolka kriterierna på samma sätt för att var och en ska kunna avgöra vad som krävs för att ett anbud vara konkurrenskraftigt.

I förevarande upphandling har kommunen angett att tilldelning av kontrakt ska ske enligt tilldelningsgrunden lägsta pris. Det krav som ställts upp under punkt 4.1 kan emellertid enligt förvaltningsrättens mening inte anses utgöra ett kvalificeringskriterium, då det inte huvudsakligen syftar till att

säkerställa en viss miniminivå på leverantörernas tekniska och yrkesmässiga kapacitet eller ekonomiska förmåga. Detta krav framstår snarare som ett utvärderingskriterium, då det tar sikte på hur leverantören kommer att utföra den upphandlade tjänsten/varan inom det aktuella projektet. Såsom varande ett utvärderingskriterium kan det inte leda till uteslutning av en anbudsgivare. Härtill kommer att den information som har lämnats i förfrågningsunderlaget avseende hur demonstration/pitch ska bedömas i den aktuella upphandlingen enligt förvaltningsrättens bedömning inte är tillräcklig för att leverantörerna ska kunna skapa sig en bild av vad som efterfrågas och kommer att tillmätas betydelse. Så som kravet i 4.1 utformats kan det således inte anses uppfylla de krav på transparens som ställs vid utformningen av ett förfrågningsunderlag, varvid inte heller principen om likabehandling har upprätthållits. Förfrågningsunderlagets brist i detta avseende har medfört att MBVB i vart fall riskerat att lida. Det föreligger därför grund för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen.

Vad gäller val av åtgärd konstaterar förvaltningsrätten att felet i form av otydlighet i förfrågningsunderlaget och sammanblandning av kvalificeringskriterier och utvärderingskriterier, är hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet. Upphandlingen måste därför göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C LOU).



Per-Olov Larsson
rådman

Målet har föredragits av föredraganden Gunilla Lavås.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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.