



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-07-29
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
34716-10
Enhet 15

KLAGANDE

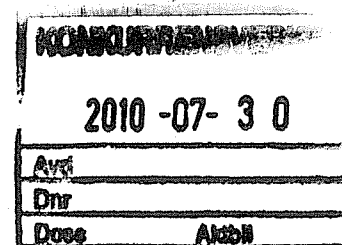
Kärnhuset Järnfeldt Karlsson AB, 556665-3092
Drottninghusgränd 1
111 39 Stockholm

MOTPART

Försvarsmakten
Försvarsmaktens Logistik, Upphandlingsenheten
107 86 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig
upphandling - LOU

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 9 juli 2010 att upphandlingen
tills vidare inte får avslutas upphör därmed att gälla.

Dok.Id 42288

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		

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Försvarmakten genomför en upphandling av konsulttjänster inom avtalsområde 3 "varumärkespartner", dnr FM-264-09. Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt 4 kap. LOU. I tilldelningsbeslut som meddelats anbudsgivarna den 1 juli 2010 tillkännagavs det att Försvarmakten beslutat att anta annat anbud än anbudet från Kärnhuset Järnfeldt Karlsson AB (Kärnhuset) samt att Kärnhusets anbud förkastats till följd av bristande uppfyllelse av skall-krav.

Kärnhuset ansöker hos förvaltningsrätten om överprövning enligt LOU och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska rättas på så vis att en ny slutlig utvärdering genomförs med beaktande av Kärnhusets anbud, som ska anses uppfylla samtliga skall-krav. Till stöd för sin talan anför Kärnhuset huvudsakligen följande. Kärnhuset har deltagit i Försvarmaktens upphandling av kommunikationstjänster i den del som rör område 3 Varumärkespartner och har av Försvarmakten ansetts uppfylla samtliga lämplighetskrav för leverantörer. Försvarmakten har dock i sin granskning av ställda skall-krav, så som Kärnhuset uppfattat det, kommit till slutsatsen att Kärnhusets anbud inte uppfyllt ställt krav angående projektledares yrkesskicklighet. Följande motivering delgavs Kärnhuset den 1 juli 2010:

Efter genomförd utvärdering av inkomna anbud har Försvarmakten beslutat att teckna avtal med BNG Communication PR AB. I anbudet skulle bifogas tre arbetsprover avseende de senaste två åren som visade projektledarens yrkesskicklighet. Arbetsprov SSAB går ej att bedöma, visar inte projektledarens yrkesskicklighet. Avdelad projektledares arbete med Mälardalens Högskola avser inte de senaste två åren.

Till Kärnhusets anbud ingavs tre referensuppdrag till styrkande av projektledaren Marcus Tägtströms yrkesskicklighet, nämligen Huddinge kommun, Aros Arkitekter och SSAB. Det är SSAB som är den del Försvarmakten ansett omöjlig att bedöma. Mälardalens Högskola har inte uppgetts till styrkande av projektledaren Marcus Tägtströms yrkesskicklighet. Referensuppdragen som gavs in var dels en beskrivning av själva uppdraget, dels material ur varumärkesstrategiarbetet. Arbete med varumärkesstrategier för privata företag är generellt av den karaktären som bedöms vara företagshemligheter. Därav är det svårt att ge in sådant material i en offentlig upphandling, då detta generellt sett blir offentligt när det anländer till myndigheten. Detta är också något som behandlades i frågor och svar som behandlades av Försvarmakten innan upphandlingens anbudsfrist löpte ut. En intressent (ej Kärnhuset) ställde en rak fråga kring detta faktum och fick ett entydigt svar av myndigheten. Försvarmaktens svar på frågan gör att det står klart att känsligt material i referensmaterial får vara mörkat/uteslutet, och materialet är fortfarande giltigt. Skälet som anges för förkastande av Kärnhusets anbud är att ett arbetsprov, SSAB, är allt för censurerat och därför inte går att bedöma. Detta står i strid med de uppgifter som Försvarmakten uppgett i frågor och svar. Det går enligt Kärnhuset mycket bra att bedöma projektledaren Marcus Tägtströms kompetens utifrån det material som givits in. Dels finns det förutom SSAB ytterligare två referenser (med godkända arbetsprover) samt CV. Dessutom finns det för SSAB en generell uppdragsbeskrivning (godkänd av Försvarmakten) som ger en god bild av projektet och vad som levererades. Till det kommer ett arbetsprov (som SSAB krävde skulle censureras eftersom det blir en offentlig handling) men som ändå ger en tydlig översikt över vad strategin innehåller. Slutligen bifogades kontaktuppgifter till en referensperson på SSAB som gärna hade styrkt Marcus Tägtströms kompetens och besvarat frågor. Av någon anledning valde Försvarmakten att inte kontakta henne. Inte heller kontaktades Kärnhuset för komplettering. Kärnhuset har svarat på ett tjugotal liknande upphandlingar och aldrig stött på

ett liknande krav om arbetsprover avseende strategier. Istället är kutym att man bifogar en generell uppdragsbeskrivning tillsammans med kontaktuppgifter till referensperson hos uppdragsgivaren. De försökte här tillgodose Försvarmaktens krav och följde deras råd om att censurera sekretessbelagda uppgifter i arbetsproverna. De hade ingen möjlighet att förutse var den godtyckliga gränsen för "för mycket censur" skulle dras.

Försvarmakten har yttrat bl.a. följande. Försvarmakten har enligt LOUs öppna förfarande genomfört en ramavtalsupphandling avseende informations-, kommunikations- och marknadsföringstjänster. Förfrågningsunderlaget har bestått av flera delar, bl.a. anbudsfrågan samt kravspecifikation för delområde 3 Varumärkespartner. Kravspecifikationerna innehåller ett antal skall-krav. I anbudsfrågans punkt 4.1 har angetts att anbudsgivaren ska redovisa i vad mån och på vilket sätt skall-kraven uppfylls. Vidare har angetts att de i kravspecifikationen uppställda skall-kraven måste vara uppfyllda till fullo för att anbud ska kunna prövas. Såvitt avser delområdet Varumärkespartner innehåller den uppställda kravspecifikationen bl.a. följande skall-krav:

Arbetsprover

*Arbetsprover **skall** redovisas enligt följande:*

Tidigare uppdrag

*Projektledaren **skall** visa sin yrkesskicklighet genom att presentera arbetsprover för tre (3) uppdrag som genomförts under de senaste två (2) åren. Ett av uppdragen **skall** skildra varumärkesarbete, arbetsgivarvarumärke.*

*Max fem (5) men minst tre (3) aktuella, senaste två (2) åren, referenser angivna med namn och telefonnummer **skall** bifogas anbudet.*

Under anbudsgivningen har det varit möjligt för anbudsgivarna att ställa frågor. Svaren har publicerats på så sätt att alla anbudsgivarna får ta del av

dessa. Vad avser det i delområde 3 Varumärkespartner uppställda kravet rörande arbetsprover ställdes bl.a. en fråga rörande referensmaterial.

Försvarsmakten har besvarat denna fråga på följande sätt:

Alla skall-krav ska uppfyllas, se anbudsfrågan p. 4.1. Eventuellt känsliga uppgifter i referensmaterial kan mörkas/uteslutas.

Försvarsmakten har efter anbudsutvärdering funnit att Kärnhuset inte uppfyllde de uppställda skall-kraven rörande arbetsprover. Som framgår av det uppställda skall-kravet rörande arbetsprover skulle anbudsgivarna visa projektledarens yrkesskicklighet genom att presentera arbetsprover för tre uppdrag som genomförts under de senaste två åren. Kärnhuset har emellertid endast redovisat två arbetsprover som uppfyller detta krav, nämligen arbetsproverna rörande Huddinge kommun och Aros Arkitekter. När det gäller arbetsprovet rörande SSAB konstaterar Försvarsmakten att de av Kärnhuset bifogade arbetsproverna i alla väsentliga delar är mörkade. Det är därför inte möjligt att utläsa någon som helst relevant information ur dessa prover. Följaktligen är det inte heller möjligt att bedöma dessa arbetsprover vad avser kvalitet och projektledarens yrkesskicklighet. Arbetsproverna rörande SSAB uppfyller därmed inte det uppställda skall-kravet. Det svar som Försvarsmakten lämnade under upphandlingen om möjligheterna att utelämnas känslig information innebär inte att det är möjligt att ge in ett arbetsprov som är mörkat i så hög grad att det inte går att utläsa någon relevant information ur det. Försvarsmakten har i sitt svar tydligt angett att skall-kravet måste vara uppfyllt. Även om viss känslig information utelämnas måste arbetsprovet således fortfarande visa på projektledarens yrkesskicklighet. Det är uppenbart att Kärnhuset inte visat detta i de åberopade arbetsproverna rörande SSAB. Försvarsmakten erinrar vidare om att sekretess enligt 31 kap. 16 § offentlighets- och sekretesslagen gäller för uppgift om enskilda affärs- och driftsförhållanden när denne har trätt i affärsförbindelse med en myndighet, om det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs. Försvarsmakten konstaterar att det med stöd av denna bestämmelse är möjligt att hemlig-

hålla känsliga uppgifter i arbetsproverna. Kärnhuset har följaktligen inte heller haft fog för sitt påstående att de känsliga uppgifterna i arbetsproverna skulle ha blivit offentliga om de inte hade mörkats. Inte heller kan anbudet i denna del lagligen kompletteras i efterhand eftersom det skulle ha inneburit att nya sakomständigheter tillfördes anbudet. Någon skyldighet för upphandlande myndighet att förordna om komplettering finns inte heller. Det är därför enligt Försvarsmakten uppenbart att det finns fog för beslutet att förkasta Kärnhusets anbud.

Kärnhuset har yttrat bl.a. följande. Försvarsmakten har angett att det inte går att bedöma projektledarens yrkesskicklighet utifrån Kärnhusets anbud. Ur de två strategidokument rörande SSAB som bifogats deras anbud kan följande utläsas. Innehållet i dokumentet – innehållsförteckningen är synlig i sin helhet. Det ger en insyn i vilka dimensioner av varumärket som behandlats. Formatet på strategidokumentet (i kombination med innehållet). Idag finns det många olika typer av aktörer som säger sig arbeta med vad de kallar varumärkesstrategi, vilket gör att det finns en stor begrepps-förvirring på marknaden. Därför finns det hos företag och organisationer många dokument benämnda som "varumärkesstrategier" som t.ex. snarare är riktlinjer för visuell identitet, utgör en grafisk manual eller är en analys bakom en specifik reklamkampanj. Kärnhusets inskickade bilagor visar tydligt att Kärnhuset för SSABs räkning har arbetat fram ett redovisande dokument som ger råd för varumärkenas långsiktiga strategi (bl.a. i form av positionering, prioritering av målgrupper, hantering av risken att generiska, relation till modervarumärket SSAB, värderingar, personlighet, kundnyttor och argument). Dokumenten visar också hur den för SSAB skräddarsydda varumärkesmodellen ser ut.

Kärnhuset betraktar en varumärkesstrategi som kärnan i ett företags affär. Kärnhuset anser vidare att en strategi ska vara mycket kondenserad och inte innehålla text som är allmänt hållen eller främst är bakgrundsmaterial.

Ju mer kortfattas och ”straight to the point” en strategi är, desto effektivare är den i implementeringsfasen. Därför är den absoluta majoriteten av innehållet i Kärnhusets strategidokument unika och affärskritiska för deras uppdragsgivare. Det gör att en ”mörkning” av ”eventuellt känsliga uppgifter i referensmaterialet” med nödvändighet kommer att utesluta mycket stora delar av dokumenten. Strategiska uppgifter som är specifika för SSABs affär är inte relevanta för Försvarmaktens bedömning av Kärnhusets kompetens eftersom Försvarmakten inte har insyn i de bakomliggande förutsättningarna. Varumärkesstrategi handlar mycket om noga avvägda prioriteringar och förenklingar, dessutom ofta beskrivna på ett kommunikativt och pedagogiskt enkelt sätt. Det gör att stora delar av en strategi för en oinvidd kan framstå som onyanserad, grund eller till och med som plattityder. Utan omfattande bakgrundsmaterial och delaktighet i processen är därför yrkesskickligheten hos projektledaren för en varumärkesstrategi mycket svår att bedöma. Framför allt eftersom formatet för strategin avsiktligt är som ovan, mycket kondenserad och ”straight to the point”. Kärnhuset har inte ansett sig ha anledning att skicka in icke censurerat sekretesskyddat material då möjligheten att mörka/censurera känsligt material enligt Försvarmaktens instruktioner skulle accepteras. Kärnhuset hanterar säkerhetsfrågor mycket seriöst och vill inte på något sätt riskera att affärshemligheter kommer i obehöriga händer. Därför menar Kärnhuset att 31 kap. 16 § offentlighets- och sekretesslagen inte är en tillräcklig garanti för att dela med sig av sina uppdragsgivares affärshemligheter som Kärnhuset har förbundit sig att sekretesshålla eftersom lagen innebär en individuell prövning vid varje enskild förfrågan om att lämna ut materialet. Kärnhuset kan således inte garantera SSAB fullständig sekretess enligt det lagrummet. Någon ovillkorlig och i tid obegränsad sekretess i sammanhanget finns inte. Kärnhuset anser slutligen att det är orimliga krav på anbudslämnarna att de ska sträva efter att lämna ut så mycket potentiellt hemligt kundmaterial som möjligt i en upphandling. Det leder till leverantörer som har incitament att ta lätt på affärshemligheter, vilket i

sin tur leder till att leverantörerna kan se sig tvungna att förhandla med sina tidigare uppdragsgivare om att ha en mer liberal syn på sekretess än annars skulle varit fallet. Det skulle ge en situation som antingen leder till godtycke i urvalsprocessen eller till att Försvarsmakten riskerar att upphandla leverantörer som tar lätt på sekretessfrågor. Försvarsmakten har tydligt svarat på frågan om censur och av svaret framgår att det är tillåtet att censurera utan att riskera att inte uppfylla skall-kravet. Med den information som getts angående SSAB-caset tillsammans med referenser (som Försvarsmakten lätt hade kunnat välja att kontakta för ytterligare information om strategierna och projektledarens yrkesskicklighet) har Försvarsmakten haft tillräckligt med material för att kunna bedöma den aktuella projektledarens yrkesskicklighet. Därmed saknas grund för uteslutning.

Förvaltningsrätten har den 9 juli 2010 förordnat att Försvarsmaktens upphandling av konsulttjänster inom avtalsområde 3 "Varumärkespartner", dnr FM-264-09, tills vidare inte får avslutas.

UTREDNINGEN I MÅLET

I den till förfrågningsunderlaget bilagda kravspecifikationen anges avseende avtalsområdet Varumärkespartner under rubriken Arbetsprover följande.

Arbetsprover

*Arbetsprover **skall** redovisas enligt följande:*

Tidigare uppdrag

*Projektledaren **skall** visa sin yrkesskicklighet genom att presentera arbetsprover för tre (3) uppdrag som genomförts under de senaste två (2) åren. Ett av uppdragen **skall** skildra varumärkesarbete, arbetsgivarvarumärke.*

*Max fem (5) men minst tre (3) aktuella, senaste två (2) åren, referenser angivna med namn och telefonnummer **skall** bifogas anbudet.*

Kortfattade (max en A4-sida) beskrivningar av uppdragen enligt ovan;

- Projektledarens medverkan i uppdraget och dennes roll.*
- Uppdragets förutsättningar, mål och syfte.*
- Uppdragets omfattning (målgrupper och dylikt) samt på vilket sätt informationen/kommunikationen skedde.*

*Referensmaterial max A3 (t.ex. foton, skisser, beskrivningar, utskrifter) **skall** bifogas anbudet.*

I arbetsprovet avseende Brand Strategy Hardox, för SSAB är under sju av totalt sjutton rubriker all text och grafik maskerad. Under återstående rubriker är all text utom några inledande meningar med generella formuleringar maskerad.

I arbetsprovet avseende Brand Strategy Weldox, för SSAB är under sju av totalt femton rubriker all text och grafik maskerad. Under återstående rubriker är all text utom några inledande meningar med generella formuleringar maskerad.

Kärnhuset har till sin ansökan om överprövning bifogat ett utdrag ur frågor och svar under upphandlingen, rubricerat "Förtydligande nr 4 i upphandling avseende Information- kommunikation- och marknadsföringstjänster". I avsnittet anges bl.a. följande.

Fråga: [...] Referensmaterial av det slag ni efterfrågar (som vi tolkar texten) är därför svåra att tillhandahålla. Självklart kan vi beskriva uppdragens omfattning och innehåll, men vi kan inte lämna ifrån oss referensmaterial. Är det då fortfarande möjligt att delta i upphandlingen?

Svar: Alla skall-krav skall uppfyllas, se anbudsfrågan p 4.1.

Eventuellt känsliga uppgifter i referensmaterial kan mörkas/uteslutas.

DOMSKÄL

Gällande bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller följande. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår följande. 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

De krav som den upphandlande myndigheten ställer i förfrågningsunderlaget kan uttryckas i s.k. skall-krav vilka är ovillkorliga för att anbudet ska kunna komma i fråga för antagande. Ett anbud som inte uppfyller samtliga ställda skall-krav får inte antas och den upphandlande myndigheten får inte ändra eller bortse ifrån i förfrågningsunderlaget uppställda skall-krav på ett sätt som strider mot principerna om lika-behandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU. Det är den upphandlande myndigheten som utformar förfrågningsunderlaget och som står risken för att de krav som ställs upp däri inte resulterar i att den leverantör väljs ut som bäst motsvarar myndighetens reella behov. Anbudsgivaren har på motsvarande sätt stor frihet att utforma sitt anbud och står då också risken för att anbudet inte motsvarar alla i förfrågningsunderlaget uppställda krav.

I den aktuella upphandlingen har Försvarsmakten ställt upp som skall-krav att projektledaren ska visa sin yrkesskicklighet genom att presentera arbetsprover för tre uppdrag som genomförts under de senaste två åren. Kärnhuset har som ett av de tre referensuppdragen skickat in arbetsprover avseende varumärkesstrategier för varumärkena Hardox och Weldox, utförda för SSAB. Försvarsmakten gör gällande att dessa arbetsprover är maskerade i så hög grad att det inte går att utläsa någon relevant information för bedömningen av projektledarens yrkesskicklighet. Kärnhuset gör gällande dels att relevant information visst går att utläsa, dels att arbetsprovet bör bedömas tillsammans med övriga arbetsprover och kontakt med den angivna referenspersonen och dels att Försvarsmakten under frågor och svar angett att maskering av känsliga uppgifter inte skulle medföra att ett arbetsprov inte ansågs uppfylla skall-kraven.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Det aktuella skall-kravet är att projektledaren *ska visa sin yrkesskicklighet* genom att presentera ett visst antal arbetsprover. Arbetsprover som inte kan användas för att bedöma yrkesskicklighet kan därför inte sägas uppfylla skall-kravet. De av Kärnhuset inlämnade arbetsproverna avseende SSABs varumärken Hardox och Weldox har maskerats i sådan utsträckning att det enda som går att läsa är rubrikerna och ett fåtal generella meningar som i huvudsak förklarar rubrikens innebörd. Förvaltningsrätten finner därför att Försvarsmakten haft fog sin bedömning att skall-kravet inte är uppfyllt genom inlämnande av dessa arbetsprover.

Förvaltningsrätten finner inte heller att lydelsen av Försvarsmaktens svar rörande maskering av uppgifter i arbetsprover ger stöd åt Kärnhusets tolkning att maskering under alla omständigheter inte skulle kunna medföra att skall-kravet inte ansågs uppfyllt.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att Kärnhusets anbud rätteligen förkastats och att utredningen i målet inte ger stöd för att Försvarsmakten i samband med anbudskvalificeringen eller annars under upphandlingen agerat i strid med LOU. Det är därmed inte visat att det finns grund för ingripande med stöd av LOU och ansökan ska avslås.

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



Susanne Bagge

Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Elin Rosén.



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

