



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-10-21
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
41320-10
Enhet 15

SÖKANDE

Konsultföretaget Mosebacke Media HB, 969687-9932
Atlasvägen 39, 4 tr
131 34 Nacka

MOTPART

Naturvårdsverket
106 48 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2010 -03- 2 3	
Avd	
Dnr	
Process	LOU Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om åtgärder med stöd av LOU.

Dok.Id 65315

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

Naturvårdsverket (NV) genomför en förnyad konkurrensutsättning/avropsförfrågan avseende journalistisk textproduktion av faktablad om Goda exempel. Avropsförfrågan grundar sig på tidigare upphandlade ramavtal och har genomförts genom ny konkurrensutsättning där NV har bjudit in ramavtalsleverantörerna att lämna nya anbud. I tilldelningsbeslut den 21 september 2010 beslutade NV att anta annat anbud än Mosebacke Media HB:s (MM) anbud. MM:s anbud uteslöts från urvalet på grund av att de saknade ett skall-krav i sitt anbud.

YRKANDE M.M.

MM ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att tilldelningsbeslutet med diarienummer 237-4516-10 ogiltigförklaras och att inlämnade anbud skyndsamt omprövas. Till stöd för sin talan anför MM i huvudsak följande. MM innehar redan ett ramavtal med NV. Det aktuella ärendet avser en förnyad konkurrensutsättning av ett uppdrag. I NV:s motivering skriver verkets informatör Monica Ljungberg-Kurronen att man inte kunnat utvärdera MM:s anbud ”på grund av att ett skall-krav inte var uppfyllt”. Enligt Monica Ljungberg-Kurronen gällde det skall-kravet ”Bedömd tidsåtgång för textproduktion respektive införskaffande av foton” under rubriken Anbudet ska innehålla. Det är alltså inte ens formulerat som ett skall-krav. ”Vi kan endast utläsa den totala tidsåtgången, inte tidsåtgången för de angivna delarna för sig”, skriver Ljungberg-Kurronen. MM har gjort sitt allra bästa för att uppfylla alla de krav som ställs i dokumentet ”Förnyad konkurrensutsättning/avropsförfrågan av journalistisk textproduktion av faktablad om Goda exempel”. Anledningen till att MM inte angav någon summa för införskaffande av fotografier är att de anser att det inte ska kosta något extra. De tar inte betalt för andras bilder, och att be en projektledare skicka över bilder med e-post är gjort på mindre än en minut om man ändå ringer upp.

Dessutom – om de hade särredovisat anskaffningen av fotografier enligt ovan eller på annat sätt – så hade bedömningsunderlaget sett exakt likadant ut. Inte en enda siffra hade varit annorlunda. MM anser mot bakgrund av detta, att förfarandet är oerhört märkligt. Att med hänvisning till ovidkommande teknikaliteter som ej är underbyggda i LOU lyfta bort den leverantör som i det här fallet är i särklass mest erfaren och dessutom billigast att anlita, anser vi inte överensstämmer med LOU eller med NV:s intentioner. MM är och har varit upphandlat av många myndigheter. De har aldrig tidigare stött på att man ställer skall-krav vid förnyad konkurrensutsättning för redan upphandlade leverantörer. Om en myndighet ändå bestämmer sig för en ny miniupphandling – vilket går stick i stäv mot allt arbete om att förenkla reglerna – ska man i förfrågningsunderlaget åtminstone tydligt ange att det handlar om tvingande skall-krav för leverantören.

NV hemställer att förvaltningsrätten avslår MM:s yrkanden om upphävande av tilldelningsbeslutet och omprövning av anbudet och anför i huvudsak följande. Enligt det aktuella ramavtalet ska avrop från detta ske genom förnyad konkurrensutsättning. Detta innebär bland annat att avropsavtalet ska bygga på villkoren i ramavtalet, men att detta dessutom behöver preciseras och vid behov kompletteras vad gäller vissa villkor. I författningskommentaren anges som exempel på tillåtna kompletteringar av villkor som inte direkt behöver framgå av ramavtalet, tidsåtgången för att utföra enskilda konsultavtal. NV har vid den förnyade konkurrensutsättningen ställt ett antal krav på vad ett anbud ska innehålla. Ett av dem är ”Bedömd tidsåtgång för textproduktion respektive införskaffande av foton”. Dessa uppgifter behöver NV bland annat för att kunna bedöma utvärderingskriteriet ”Offererat pristak/högstapris för hela uppdraget” samt i övrigt få en uppfattning om fördelning av tid och kostnader för dessa moment. MM har i sin begäran om överprövning anförts att de har som affärsidé att inte ta betalt för andras fotografier och för den tid det tar att anskaffa dessa. Denna affärsidé är givetvis inte bekant för NV. MM borde därför i sitt anbud

ha uppgett detta så hade kravet på redovisad tidsåtgång varit uppfyllt. Nu är så inte fallet. Denna brist i anbudet ska enligt NV:s bedömning leda till att klaganden ska uteslutas från kontraktstilldelningen. Att NV i tilldelningsbeslutet av misstag felaktigt använt uttrycket ej uppfyllt skall-krav i stället för ej uppfyllt krav vid anbudslämnande, gör, enligt NV bedömning, ingen skillnad i saken.

MM anför därefter i huvudsak följande. Enligt NV borde MM i sitt anbud ha angett varför de inte specificerat kostnaden för att införskaffa foton. MM hade emellertid i anbudet angett total bedömd tidsåtgång per faktablad. Vad som ingår framgår tydligt i anbudet under mellanrubrik "Produktionsprocess v 38-42" där såväl arbetsprocessen för textproduktion som bildanskaffande beskrivs. Utvärderingskriteriet "Offererat pris-tak/högstapris för hela uppdraget" måste därför anses uppfyllt. Självklart anser MM inte att NV behöver känna till deras affärsidé om bildanskaffning för att kunna ta ställning till anbudet. Däremot är vi av den uppfattningen att om NV ändå hade ansett sig behöva ett förtydligande, hade verket enkelt kunnat begära in ett sådant om verket varit angeläget om en rättvis bedömning av anbudens avseende kompetens för uppdraget och pris för att genomföra det. Enligt lagen om offentlig upphandling (LOU 2007:1091, 9 kap. 8 §) kan myndigheten begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. I förarbetena till ÄLOU (prop. 2001/02:142, s. 97) skriver den dåvarande regeringen att alltför intetsägande uppgifter varför en viss leverantör tilldelats upphandlingskontraktet kan innebära att enheten inte kan anses ha lämnat tillräckliga upplysningar om skälen för beslutet. MM anser att detta är tillämpligt i det aktuella fallet. Enligt LOU ska den upphandlade myndigheten tilldela varje enskilt kontrakt till den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet. MM har svårt att tro att det är i lagens mening att ett närmaste Grönköpingsmässigt para-

grafrytteri ska utgöra en godtagbar motivering för ett tilldelningsbeslut. Inte heller kan det ligga i vare sig myndighetens eller samhällets intresse att misshushålla med skattepengar genom att inte se till att få ut högsta möjliga kvalitet till lägsta möjliga pris. I regeringens proposition (prop. 2006/07:128, s. 167) motiverar regeringen det nya förfarandet med förnyad konkurrensutsättning just med att det kan ge lägre priser: *"Det nya förfarandet med en förnyad konkurrensutsättning kan visserligen antas medföra hanteringskostnader för de upphandlade myndigheterna, men det kan å andra sidan förmodas öka konkurrensen och därmed innebära lägre priser på det som upphandlas."* MM har i sitt yttrande av den 4 oktober 2010 erkänt att de avvikit från praxis och använt bedömningsgrunden "ej uppfyllt skall-krav". På grund av denna avvikelse har MM uteslutits från upphandlingen. Genom att NV stött sig på ett principiellt krav har därmed MM:s anbud avvisats och lett till ekonomisk skada för företaget. Enligt NV:s bedömning gör detta "ingen skillnad i sak". MM vidhåller att tilldelningsbeslutet bör upphävas. Krav som ej tydligt utsatts får senare heller ej åberopas. "Misstag" i tjänsteutövningen utgör ej saklig grund. Det är principiellt viktigt att LOU följs och att vid varje tid lagens anda och mening tillämpas.

UTREDNINGEN I MÅLET

I den aktuella avropsförfrågan anges det under rubriken "Anbudet ska innehålla", i den tredje punkten, "Bedömd tidsåtgång för textproduktion respektive införskaffande av foton". Av avropsunderlaget framgår även att ett av utvärderingskriterierna är "offererat pristak/högstapris för hela uppdraget".

I MM:s anbud under rubriken "Beräknad tidsåtgång" anges vad gäller tidsåtgången "En dag (åtta timmar) per faktablad samt en dag för avstämning/administration".

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU skall upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 5 kap. 7 § LOU är följande föreskrivet. Om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 § och om inte alla villkor är angivna i ramavtalet, skall parterna inbjudas att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Vid tillämpning av första stycket skall

1. den upphandlande myndigheten för varje kontrakt som skall tilldelas skriftligen samråda med de leverantörer som kan genomföra kontraktet,
2. den upphandlande myndigheten ange en tidsfrist som är tillräcklig för att lämna in anbud för varje särskilt kontrakt, med hänsyn tagen till upphandlingens art och omfattning,
3. anbuden lämnas skriftligen och den upphandlande myndigheten inte ta del av innehållet i dem innan den angivna svarstiden har löpt ut, och
4. den upphandlande myndigheten tilldela varje enskilt kontrakt till den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

I 12 kap. 1 § LOU är följande föreskrivet. En upphandlande myndighet skall anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, skall myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

En upphandlande myndighet skall i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU, i tillämplig lydelse, är följande föreskrivet. 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, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandling enligt LOU ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Uppställda krav får inte frångås. Samma grundläggande utgångspunkter gäller då fråga är om ett avropsunderlag inför en förnyad konkurrensutsättning.

NV har genomfört en avropsförfrågan avseende journalistisk textproduktion. Avropsförfrågan grundar sig på tidigare upphandlade ramavtal och har genomförts genom ny konkurrensutsättning där NV har bjudit in ramavtalsleverantörerna att lämna nya anbud.

I en förnyad konkurrensutsättning kan nya villkor ställas inom ramen för ramavtalet, t.ex. ett villkor på att tidsåtgång för ett enskilt uppdrag ska preciserats. Ett sådant krav, utan att betecknas ”skall-krav”, kan vara ovillkorligt. Om kravet är uppställt för att ligga till grund för anbudsutvärderingen är det ett ovillkorligt krav.

I den aktuella avropsförfrågan anges att anbudet ska innehålla ”Bedömd tidsåtgång för textproduktion respektive införskaffande av foton”. MM angav inte den bedömda tidsåtgången för textproduktion respektive införskaffande av foton i sitt anbud. Det finns inte någon skyldighet för en upphandlande myndighet att medge eller begära att anbud förtydligas eller rättas. Det kan alltså inte krävas att NV i detta fall gett MM möjlighet att

rätta felet i deras anbud d.v.s. att den totala tidsåtgången specificerats för textproduktion respektive införskaffande av foton.

Mot bakgrund av det ovan anförda bedömer förvaltningsrätten att NV haft fog för sitt beslut att avvisa MM:s anbud på grund av att kravet på bedömd tidsåtgång för textproduktion respektive införskaffande av foton inte var uppfyllt. Förvaltningsrätten finner således att vad MM anført i målet inte innebär att NV genomför sin upphandling i strid med LOU. MM:s ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Susanne Bagge
Rådman

Föredragande notarie har varit Melina Tervahauta.