



SÖKANDE

Origo Group Sverige AB (tidigare Markör Marknad och Kommunikation AB), 556671-1650
Box 396
701 47 Örebro

MOTPART

Socialstyrelsen

Ombud: Advokat Anette Hansson Ahl och Biträdande jurist Gustav Tornefors
Holmgrenhansson Advokatbyrå AB
Ingmar Bergmans gata 4
114 34 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019-04-15	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska rättas.

BAKGRUND

Socialstyrelsen genomför en upphandling av ramavtal avseende konsulttjänster för genomförande av kvalitativa och kvantitativa undersökningar (dnr 2.7-30230/2017), genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Sju leverantörer har lämnat anbud i upphandlingen. Av tilldelningsbeslut framgår att fyra anbudsgivare har erbjudits ramavtal. Anbudet från Markör Marknad och Kommunikation AB har diskvalificerats på grund av att det inte uppfyllde kvalificeringskraven i avsnitt 3.3 i upphandlingsdokumentet avseende leverantörens erfarenhet.

YRKANDEN M.M.

Origo Group Sverige AB (tidigare Markör Marknad och Kommunikation AB) (Markör) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så vis att Markörs anbud godkänns. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Markör bl.a. följande. Socialstyrelsen har vid genomförandet av upphandlingen frångått LOU med avseende på likabehandling och transparens. Markör har till anbudet bifogat ESPD enligt kravet i punkt 3.3 och därmed passerat det aktuella skallkravet. Kravet är i upphandlingsunderlaget ställt som att referensuppdrag eller ESPD ska bifogas, med innebörden att dessa, oberoende av varandra, är grund för godkännande av skallkravet. Att bilagd ESPD inte i sig anses tillräckligt för att kravet skall vara uppfyllt strider därför mot likabehandlingsprincipen. Markör har bifogat två varumärkes- och förtroendeundersökningar. Socialstyrelsen har dock gjort bedömningen att ett av referensuppdragen inte är en varumärkes- och förtroendemätning, utan är en attitydmätning. En varumärkesundersökning är per definition en undersökning som syftar till att styra kommunikation med grund i attityder

och kunskaper om det objekt som studeras. I Markörs referensuppdrag framgår att syftet med undersökningen var att få ett underlag för att kunna styra kommunikationen utifrån de attityder och den kunskap som finns om projektet. För att klargöra kategoriseringen har Socialstyrelsen även efterfrågat ett förtydligande. Markörs lämnade förtydligande innehöll ingen förändrad information. Även om undersökningen beskrivs som en attitydmätning, beskriver texten ändå på vilket sätt undersökningen syftade till att mäta ett varumärke/förtroende. Förtydligandet innebar endast att rubriceringen förtydligades. Av förfrågningsunderlaget framgår det inte vad som är en varumärkes- och förtroendeundersökning eller hur uppdragets kategoriska tillhörighet ska stärkas i anbudet. Begreppen ”attitydmätning” och ”varumärkes- och förtroendemätning” är kraftigt överlappande och inte avgränsade på det sätt som krävs enligt rättspraxis. I det aktuella förfrågningsunderlaget saknas helt definition av kategorierna varumärkes- och förtroendemätningar respektive attityd- och kännedomsmätningar. Trots att just kännedom och attityder är något som typiskt sett ingår i varumärkes- och förtroendemätningar. Att Markörs anbud förkastas på grundval av ett så otydligt krav strider mot transparensprincipen och den allmänna avtalsrättsliga principen att otydlighet ska tolkas mot den part som formulerat villkoret. För att diskvalificera anbud krävs (mot bakgrund av begreppens betydande överlappning) en högre grad av tydlighet i beskrivningen av vad som krävs inom varje kategori och på vilket sätt de är olika varandra. Markörs referensuppdrag är både en attitydundersökning och en varumärkes- och förtroendeundersökning och är godkänd i enlighet med de krav som ställs i förfrågan. Markör lider skada på grund av den felaktiga hanteringen. En korrekt tolkning av Markörs anbud hade medfört att Markör varit ett av de anbud som antagits. Med ett uppskattat ordervärde på 30 Mkr under anbudstiden, är det också rimligt att anta att minst en femtedel av detta hade tillfallit Markör i direkt ordervärde.

Socialstyrelsen bestrider Markörs yrkanden om att vidta rättelse eller att upphandlingen ska göras om och menar att upphandlingen inte brutit mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen eller någon annan av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU. Till stöd för sin talan anför Socialstyrelsen bl.a. följande. Markör har för att uppfylla kraven i avsnittet 3.3 i upphandlingsdokumentet både lämnat in bevis om referensuppdrag och fyllt i ESPD i avsnittet 7.3.1.1 i upphandlingsdokumentet. De referensuppdrag som Markör har åberopat visar att bolaget inte klarar kravet på två referensuppdrag inom området ”varumärkes- och förtroendemätningar”. Det är denna brist som utgör grund för Socialstyrelsens bedömning av Markörs anbud. Bristen i referensuppdraget kan inte repareras genom att Markör i ifylld ESPD intygar att bolaget uppfyller kraven i 3.3. Utvärderingen av Markörs anbud är genomförd i enlighet med vad som framgår av upphandlingsdokumentet, vilket är utformat på ett tydligt och transparent sätt. Kravet i avsnitt 3.3 i upphandlingsdokumentet är tydligt utformat och de begrepp som använts är allmänt vedertagna för den typ av undersökningar och mätningar som nu upphandlas. Kraven på erfarenhet som i avsnitt 3.3 är uppställda inom tre breda kategorier av mätningar/undersökningar som är allmänt vedertagna och används i branschen. Leverantörer på denna marknad använder själva dessa begrepp och kategorier exempelvis inom marknadsföring. Begreppet attityd- och kännedomsundersökningar används också av Statistiska centralbyrån. Alla normalt omsorgsfulla och rimligt informerade leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Lika fall har behandlats lika och olikheter har beaktats. Referensuppdraget som åberopats av Markör utgör en ”attityd- och kännedomsundersökning” och uppfyller inte kraven på en ”varumärkes- och förtroendemätning”. Markör har efter anbudsöppningen fått möjlighet att förtydliga sitt anbud avseende kravet på referensuppdrag i avsnitt 3.3. Markör har då uppgett att referensuppdraget ”Attitydmätning Förbifart Stockholm” är en ”målgruppsundersökning”, ”attityd- och kännedomsundersökning” och ”förtroende- och

varumärkesundersökning”. Svaret innebär dock att Markör har kommit in med nya uppgifter som inte framgår av det referensuppdrag som bifogades anbudet. Uppgifterna i svaret utgör således inget förtydligande utan är uppgifter som inte ingått i anbudet. Helt nya uppgifter från Markör kan med hänsyn till likabehandlingsprincipen inte beaktas och godtas av Socialstyrelsen. Bristen i Markörs åberopade referensuppdrag kan inte repareras genom åberopande av ESPD. Markör har heller inte lidit någon skada. I vart fall har Markör inte visat någon skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Förvaltningsrätten har för det fall det finns skäl för ingripande enligt LOU att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas, oavsett hur leverantörens yrkande har utformats (jfr RÅ 2005 ref. 47 samt HFD 2012 ref. 2). En förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att de fel som förekommit inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede (jfr Kammarrätten i Stockholms beslut den 13 september 2013 i mål nr 4385-13).

Av 15 kap. 1 § LOU framgår att en anbudsgivare under vissa förutsättningar får lämna en egen försäkran. Försäkran ska lämnas in i det standardformulär som Europeiska kommissionen har fastställt enligt artikel 59.2. i direktiv 2014/24/EU.

Av 15 kap. 3 § LOU framgår att en leverantör som lämnat in en försäkran enligt 15 kap. 1 § LOU på begäran av upphandlande myndighet ska komplettera sin försäkran med ett eller flera av de intyg som omfattas av den. En sådan begäran får göras när som helst under ett upphandlingsförfarande om myndigheten anser det vara nödvändigt för att upphandlingen ska kunna genomföras korrekt.

Syftet med egenförsäkran är att minska den administrativa bördan för såväl upphandlande myndigheten som leverantören vid upphandling och även möjliggöra ett bättre marknadstillträde för små och medelstora företag. Egenförsäkran utgör ett preliminärt bevis. För den upphandlande myndigheten innebär den egna försäkran att den kan avvakta med att begära in kompletterande dokument och utgå från att det som sägs i försäkran är riktigt om inget annat talar för motsatsen. Kompletterande dokument får begäras in när som helst under en upphandling om det är nödvändigt för att se till att förfarandet genomförs på ett korrekt sätt. Vidare ska den upphandlande myndigheten begära in de kompletterande dokument avseende den leverantör myndigheten avser att tilldela kontrakt. En leverantör ska alltså inte kunna tilldelas ett kontrakt innan den har kontrollerats avseende skäl för uteslutning och tillämpliga kvalificeringskrav (prop. 2015/16:195 s. 768-770).

En upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. En åtgärd enligt första

stycket ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.
(4 kap. 9 § LOU)

Förvaltningsrättens bedömning

Markör har dels riktat invändning mot att bolaget inte har bedömts uppfylla kravet på referensuppdrag i upphandlingen dels invänt mot att det uppställda kravet i avsnitt 3.3 i upphandlingsdokumentet är otydligt utformat.

När en anbudsgivare har gjort gällande flera skäl för ingripande enligt LOU bör domstolens prövning i första hand göras av de grunder som hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede (se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom den 29 augusti 2012 i mål 1225-12). Förvaltningsrätten prövar därför först om utformningen av upphandlingsdokumentet, vad beträffar kravet på referensuppdrag i området varumärkes- och förtroendemätningar, strider mot kraven på öppenhet och transparens.

I upphandlingsdokumentets avsnitt 3.3 anges bl.a. följande.

3.3 Leverantörens erfarenhet

Leverantören ska ha erfarenhet av att ha genomfört minst två (2) uppdrag inom respektive område enligt nedan under de senaste tre (3) åren, räknat från sista anbudsdag,

- målgruppsundersökningar,
- varumärkes- och förtroendemätningar, och
- attityd- och kännedomsundersökningar.

För att intyga ovanstående krav ska leverantören alternativ 1, lämna bevis i form av beskrivning av uppdragen, eller alternativ 2, fylla i avsnitt 7, ESPD i detta dokument.

Vid val av alternativ 1, ska följande uppgifter framgå av beskrivning för respektive uppdrag,

- kortfattad beskrivning av uppdraget,
- tidpunkt för uppdraget,
- uppdragsgivare, och
- kontaktperson hos uppdragsgivaren.

Socialstyrelsen kan komma att kontakta uppdragsgivaren/uppdragsgivarna för verifiering av leverantörens inlämnade uppgifter avseende krav på erfarenhet.

För det fall minst en uppdragsgivare inte kan verifiera lämnade uppgifter, kommer leverantören inte kunna tillgodoräkna sig åberopad erfarenhet.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i upphandlingsdokumentet inte finns någon definition eller beskrivning av vad som avses med varumärkes- och förtroendemätningar. Ledning till vad som avses med varumärkes- och förtroendemätningar och vad som kan förväntas uppfylla kravet ges enligt förvaltningsrättens mening bl.a. av ordalydelsen av kravet men också av att det i avsnitt 3.3 dras en avgränsning till både målgruppsundersökningar och attityd- och kännedomsundersökningar. Vid en sammantagen bedömning utifrån det nu sagda finner förvaltningsrätten att begreppet varumärkes- och förtroendemätningar som uppställs i avsnitt 3.3 i upphandlingsdokumentet får anses vara tillräckligt tydligt formulerat för att rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer ska kunna förstå vilken typ av referensuppdrag som ska skickas in. Kravet får även utifrån sin utformning och dess sammanhang anses vara motiverat med hänsyn till upphandlingens syfte och innehåll och står således inte heller i strid med LOU:s krav på proportionalitet.

Nästa fråga blir om Socialstyrelsen haft fog för att diskvalificera Markörs anbud med hänvisning till bristande teknisk och yrkesmässig kapacitet. I detta sammanhang prövas dels om bilagd ESPD innebär att Markör uppfyller kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet, dels om den information Markör lämnat på Socialstyrelsens förfrågan är att anse som ett förtydligande som är förenligt med principerna om likabehandling och öppenhet i LOU.

Av punkten 3.3 i upphandlingsdokumentet framgår att anbudsgivare kan lämna in en så kallad egenförsäkran via ESPD. Det framgår vidare av samma punkt att det inte är ett obligatoriskt krav att lämna in en sådan. Markör har valt att lämna in både en egenförsäkran genom ifylld ESPD och separata bevis om referensuppdrag i enlighet med vad som anges i

upphandlingsdokumentet avsnitt 3.3. En egenförsäkran är emellertid endast ett preliminärt intyg. Det ankommer därefter på upphandlande myndighet att i förekommande fall, när som helst under upphandlingsförfarandet, begära in och kontrollera bevis om myndigheten anser det nödvändigt för att upphandlingen ska kunna genomföras korrekt (se 4 kap. 10 § LOU och 15 kap 1, 3-4 §§ LOU). Socialstyrelsen har gjort detta och därmed förfarit i enlighet med LOU. Vad Markör har anfört gällande bilagd ESPD föranleder ingen annan bedömning.

Frågan är då om den information som Markör lämnat in efter anbudstidens slut, på förfrågan av Socialstyrelsen, ska betraktas som nya uppgifter eller som ett förtydligande.

En upphandlande myndighet har som utgångspunkt en skyldighet att förkasta ett anbud om det vid kontroll av anbudet visar sig att informationen inte stämmer eller att leverantören inte uppfyller de krav som uppställs. Av likabehandlingsprincipen följer att anbud som huvudregel inte får ändras sedan tidsfristen för att lämna anbud har löpt ut (se prop. 2015/16:195 s. 445-448). Efter det att ett anbud har lämnats in har en upphandlande myndighet begränsade möjligheter att begära in kompletterande upplysningar. Ett förtydligande eller en komplettering får endast göras om de grundläggande principerna om öppenhet och likabehandling iakttas. Detta framgår även av artikel 56.3 i LOU-direktivet (se Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014). En myndighet har således inte möjlighet att tillåta materiella ändringar av ett redan inlämnat anbud. Motsvarande regler gäller för de uppgifter som lämnats in i en egen försäkran i ett anbud.

Gemensamt för termerna ”förtydliga” och ”komplettera” är att det i praktiken inte handlar om att tillföra anbudet nya uppgifter, utan endast att

på ett tydligare sätt beskriva vad innehållet i anbudet de facto var vid tidpunkten för anbudets lämnande (jfr prop. 2015/16:195 s. 977).

Av den bevisning vad avser referensuppdrag som Markör bifogat sitt anbud framgår en beskrivning av alla uppdragen. Markör har valt att namnge de bifogade dokumenten med olika namn och det i målet aktuella referensuppdragets dokument är benämnt som ”Referensuppdrag Attitydmätning”. Socialstyrelsen har i en förfrågan om förtydligande ombett bolaget att bl.a. ange vilka referensuppdrag i upphandlingsdokumentet som avser varumärkes- och förtroendemätningar. Av Markörs svar framgår att flera av deras bifogade uppdrag spänner över flera områden och att dokumentet ”Referensuppdrag Attitydmätning” avser varumärkes- och förtroendemätningar såväl som kännedoms- och attitydmätningar liksom målgruppsundersökningar. Socialstyrelsen hävdar att den information som framkommit i Markörs svar är nya uppgifter.

Förvaltningsrätten antecknar att Markörs bifogade korta beskrivning av referensuppdraget i dess utformning inte anger att uppdraget innefattat varumärkes- och förtroendemätningar. Inte heller referensuppdragets dokumentnamn indikerar detta. Enligt förvaltningsrättens mening är det emellertid innehållet i det åberopade referensuppdraget som är avgörande för om referensuppdraget uppfyller kravet. Eftersom Markör redan innan anbudstidens slut har bifogat det nämnda referensuppdraget som bevis enligt avsnitt 3.3 i upphandlingsdokumentet har det blivit en del av anbudet. Med detta synsätt anser förvaltningsrätten att Markörs svar enbart innebar att det på ett tydligare sätt beskrev vad innehållet i anbudet de facto – enligt bolagets uppfattning – var vid tidpunkten för anbudets lämnande. Markör får därför genom sitt svar anses ha lämnat ett förtydligande som rymms inom möjligheterna till komplettering enligt 4 kap. 9 § LOU.

Socialstyrelsen har inte utvärderat innehållet i det åberopade referensuppdraget utan bedömt anbudet i denna del utifrån bolagets initiala beskrivning av detsamma varför Socialstyrelsen förfarit i strid med LOU, vilket kan ha medfört skada för Markör. Upphandlingen ska därmed rättas på så sätt att Markörs anbud ska upptas till en förnyad anbudsprövning i enlighet med det anförda.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Anders Mellstrand
Rådman

Ester Muwanga 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 nyårs-afton, 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.

