

**SÖKANDE**

1. Markör Marknad & Kommunikation AB, 556671-1650  
Box 396  
701 47 Örebro

2. SKOP Research AB, 556654-2923  
Engelbrectsgatan 13  
114 32 Stockholm

Ombud för 2: Pär Cronhult  
Box 5625  
114 86 Stockholm

**MOTPART**

Länsstyrelsen i Västernorrlands län  
871 86 Härnösand

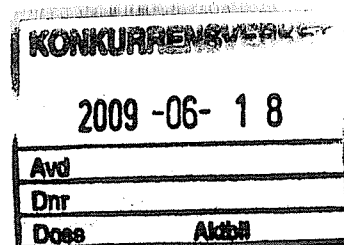
**SAKEN**

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

Länsstyrelsen i Västernorrlands län som genomför upphandling av attitydundersökningar, NKI - E-länet – Bra företagsklimat, dnr 303-14244-07, har i tilldelningsbeslut den 30 mars 2009 meddelat att avtal kommer att tecknas med PMP Marknadskonsult AB. Upphandlingen genomförs som en urvalsupphandling.

**Markör Marknad & Kommunikation AB** (Markör) och **SKOP Research AB** (Skop) ansöker om överprövning enligt LOU varvid **Markör** yrkar att upphandlingen ska göras om i sin helhet och **Skop** att rättelse ska ske på så sätt att anbudsutvärderingen ska göras om med beaktande av att Skop inom kriteriet ”Erfarenhet och kompetens max 4 poäng” har direkt erfarenhet av företags nöjdhet av kommunens service.

**Markör** anför till stöd för sin talan i huvudsak följande. Bolaget har lämnat anbud till Länsstyrelsen i Västernorrlands län avseende upphandling av attitydundersökningar. Tilldelningsbeslutet visar att bolaget inte kvalifice-



Dok.Id 52446

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 314 871 27 Härnösand	Backgränd 9	0611-34 98 00 E-post: lansrattenivasternorrland@dom.se	0611-34 98 10	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

rat sig för genomförande av undersökningen. Detta beslut är fattat på felaktiga grunder. Anbudsgivarna skulle värderas utifrån följande kriterier:

- A. Kompetens och erfarenhet av NKI undersökningar
- B. Metod
- C. Prisnivå

Bolagets invändningar avser främst värdering av prisnivå. I förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivarna kan maximalt få 3 poäng för offererad prisnivå. Det framgår dock inte vilka kriterier/prisnivåer som gäller för att få 1, 2 eller 3 poäng. I detta fall tillförs kriterier för poängbedömning först i utvärderingsprotokollet. Dessutom är intervallen mellan prispoängen med en spännvidd på 500 000 kr för poäng 3 helt orimligt och gör att pris konkurrensen, som måste vara något som LOU ska tillvarata, helt sätts ur spel. Genom att inte meddela förutsättningarna i upphandlingsskedet kan uppdragsgivaren dessutom styra utfallet efter inlämnandet av anbudet. LOU bygger bl.a. på principen om att alla ska få samma information vid samma tillfälle och att det inte är tillåtet att lägga till eller dra ifrån några kriterier vid utvärderingen. Upphandlingen ska också kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att ge anbudsgivarna samma förutsättningar måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Länsstyrelsen har i aktuellt mål brutit mot LOU dels med avseende på likabehandling i och med att kriterier läggs till vid utvärderingen och dels med avseende på transparens eftersom upphandlingsprocessen inte kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. Dessutom är det rent allmänt svårt att förstå att ett pris om 500 000 kr ger samma poäng som ett om 1 kr.

**Skop** anför till stöd för sin ansökan i huvudsak följande. Länsstyrelsen har i den aktuella upphandlingen brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, särskilt mot kraven på likabehandling och icke-diskriminering samt öppenhet (transparens). Länsstyrelsen har vid anbudsutvärderingen; dels inom kriteriet ”Erfarenhet och kompetens max 4 poäng” bortsett från att Skop faktisk har direkt erfarenhet av företags nöjdhet

av kommunens service; dels inom kriteriet "Beskriven metod 3 poäng" beaktat det som en omständighet för poängsättning, att vinnande anbudsgivare tillämpar "utskick av ett personligt förbrev inför undersökningen". Detta stöds emellertid inte av anbudsförutsättningarna, där något sådant krav eller önskemål inte ställs. Av länsstyrelsens utvärderingsprotokoll framgår att Skop inom kriteriet "Erfarenhet och kompetens max 4 poäng" har bedömts besitta "Stor erfarenhet av NKI undersökningar, dock inte direkt erfarenhet av företags nöjdhet av kommunens service" Skop har inom det aktuella kriteriet därför tilldelats 3 poäng av maximalt 4 möjliga poäng. Detta är emellertid en felaktig bedömning av Skops anbud. Skop har gjort många undersökningar inom det aktuella kompetensområdet. Skop har även genomfört ett flertal undersökningar om de krav och önskemål som företag ställer på kommunerna och länsstyrelser och deras regioner, t.ex. på frågor rörande kompetens, bemötande, information, service och rådgivning. I anbudet underbyggs uppgiften om att Skop har erfarenhet av "företags nöjdhet av kommunens service" genom att en av de åberopade referenserna, Marks kommun, bl.a. avsåg en sådan undersökning. Vad som i aktuellt avseende ska avses med små- och medelstora företag framgår inte av förfrågningsunderlag eller av något annat underlag för upphandlingen. Begreppet definieras emellertid i EU-kommissionens rekommendation av den 6 maj 2003 om definitionen av mikroföretag samt små och medelstora företag av företag vilka sysselsätter färre än 250 personer och vars årsomsättning inte överstiger 50 miljoner euro eller vars balansomslutning inte överstiger 43 miljoner euro. Totalt uppskattas cirka 99 procent av samtliga företag inom Europeiska unionen utgöras av små och medelstora företag. Det är således i princip omöjligt att genomföra attitydundersökningar för företag, utan att dessa riktar sig till små och medelstora företag. Enbart en tydlig urvals begränsning till enbart stora företag skulle kunna tänkas ge ett annat resultat. I Marks kommun motsvarar samtliga företag utom ett definitionen av små och medelstora företag. Det arbete som Skop har utfört för Marks kommun, i fråga om företagarenkäter m.m., har således riktat sig till

små och medelstora företag. Vid kommunvisa undersökningar eller andra attitydundersökningar som riktar sig till företag föreligger det inte någon för upphandlingen relevant skillnad i arbetsmetodik mellan sådana undersökningar som riktar sig till små och medelstora företag och undersökningar som riktar sig till små och medelstora företag och undersökningar som riktar sig till stora företag. Skop har i sitt anbud dessutom redovisat att bolaget kommer att söka målgruppsföretagen flera gånger, för att därigenom säkerställa att få svar även från utvalda företag som är riktigt små (s.k. microföretag). Den omständighet att Skop skulle sakna redovisad erfarenhet av kommunundersökningar som riktar sig till små och medelstora företag, vilken länsstyrelsen har åberopat till stöd för att anta det väsentligt dyrare anbudet från PMP, strider således mot kravet på proportionalitet enligt LOU. Skop har således redovisat en direkt erfarenhet av företags nöjdhet av kommunens service och skulle till följd av detta ha tilldelats ett ytterligare poäng, totalt 4 poäng, inom det aktuella kriteriet "Erfarenhet och kompetens max 4 poäng". Skopas samlade poäng skulle därvid uppgå till 9 poäng och bedömas likvärdigt med det vinnande anbudet PMP. Eftersom Skops anbud avser ett väsentligt lägre anbudspris än PMPs skulle tilldelningen i enlighet med länsstyrelsens föreskrift om lika poängtal rätteligen ha skett till Skop. Av utvärderingsprotokollet framgår vidare att inom kriteriet "Beskriven metod 3 poäng" har PMP tilldelats 3 poäng av tre möjliga på den grund att företaget tillämpar "Utskick av ett personligt förebrev inför undersökningen" Det framgår emellertid inte av förfrågningsunderlaget eller något annat underlag för anbudsgivningen att detta utgör en omständighet som ska tillmätas betydelse och poäng vid anbudsutvärderingen. Av den grundläggande principen om öppenhet som ytterst följer av EG-fördraget som för svenskt vidkommande finns införd i generalklausulen i 1 kap. 9 § LOU, följer att samtliga för en upphandling relevanta kriterier som ska tillmätas avseende vid värderingen av anbud måste framgå antingen av meddelandet om upphandling eller av det skriftliga förfrågningsunderlaget för upphandlingen. En upphandlande myndighet får, så-

som länsstyrelsen, således inte i efterhand tillföra nya kriterier eller underkriterier för värderingen av anbud. De potentiella anbudsgivarna ska nämligen kunna få kännedom om kriterierna och deras omfattning i samband med att de utformar sina anbud. Om länsstyrelsen i den nu aktuella upphandlingen angivit i förväg att förekomsten av personliga förbrev skulle tillmätas betydelse vid anbudsutvärderingen hade Skop kunnat erbjuda detta till ett fortfarande väsentligt lägre anbudspris än PMP (notera att skillnaden i anbudspris är cirka 85 procent). PMP skulle i detta avseende rätteligen ha tilldelats lika poäng med Skop. Länsstyrelsens beslut om tilldelning är med hänsyn härtill felaktig och strider mot kravet på likabehandling och icke-diskriminering. Anbudsutvärderingen ska av detta skäl göras om.

Länsstyrelsen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Länsstyrelsen anser att upphandlingen genomförts på ett korrekt sätt. Upphandlingen har gjorts med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och länsstyrelsen har vinnlagt sig om att behandla anbudsgivarna utan ovidkommande hänsyn. Värdering av de olika anbuderna har gjorts utifrån att kompetens var värd 4 poäng, metod 3 poäng och pris 3 poäng. SCB och Demoskop AB har visat på tydlig erfarenhet av den i underlaget efterfrågade kompetensen. Övriga anbudsgivare har stor erfarenhet av attitydundersökningar men de har inte visat på lika tydlig erfarenhet av den efterfrågade kompetensen. All utvärdering är gjord utifrån de anbud som anbudsgivarna lämnat in till länsstyrelsen. Som framgår av utvärderingsprotokollet var det en mycket svår uppgift att skilja anbudsgivarna åt, eftersom det genomgående var hög kvalitet på anbuderna. Länsstyrelsen hade emellertid slutligen att värdera och ta ställning till de olika redovisningarna och i denna sammanvägda bedömning ansåg länsstyrelsen att det vinnande anbudet förtjänade högre poäng än de övriga vad avser metodens upplägg. Poängbedömningen av prisnivån är gjord utifrån en tydlig gränsdragning. De angivna intervallerna gör värderingen tydlig. Att i förväg göra en poängskala för pris vore ett olyckligt alternativ eftersom upphandlingen då kunde

kunde komma att snedvridas. Länsstyrelsen har värderat telefonundersökningar högst. Metoden fick 3 poäng vid utvärderingen. Den metod som Skop lade fram dvs. postenkäter värderades till 0 poäng i utvärderingen eftersom det i denna attitydundersökning inte var ett alternativ för länsstyrelsen. Vid upphandlingens utlysande fanns ett antal fiktiva frågor och svar upplagda och där kunde man utläsa att telefonundersökningar var att föredra. Angående Skops påpekande om erfarenhet från en attitydundersökning i Marks kommun ansåg länsstyrelsen i utvärderingsarbetet att målgruppen för den undersökningen inte var tydligt beskriven som små- och medelstora företag.

Länsrätten har den 8 april 2009 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

## DOMSKÄL

### *Tillämpliga bestämmelser*

Enligt 16 kap. 2 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet 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.

### *Utredning i målet*

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

#### 9. Kommersiella villkor

Anbudsgivaren ska ange

- offererat pris per timme, för projektering och övrig i undersökningen engagerad personal

- offererat pris för utförande av uppdraget, fördelat på fasta och rörliga kostnader, ev. startkostnad, uppläggningskostnad m.m. Det offererade priset ska beräknas på, och anges för, intervjupopulationer om 20, 40 respektive 60 företag per kommun
- ett offererat pris som ska inkludera samtliga med uppdraget förenade kostnader. Om inte annat anges betraktar länsstyrelsen det offererade priset som inkluderande samtliga med uppdraget förenade kostnader
- ett offererat pris som ska anges i svenska kronor exklusive mervärdesskatt. Om inte annat anges betraktar länsstyrelsen det offererade priset som angivet i svenska kronor exklusive mervärdesskatt

Fakturering sker månadsvis i efterskott. Länsstyrelsen betalar 30 dagar efter erhållen faktura, som ska ställas till Länsstyrelsen i Västernorrlands län.

Länsstyrelsen har ägande-, nyttjande- och upphovsrätt till resultaten av undersökningarna.

#### 11. Utvärdering

Prövning av anbud genomförs av ansvarig personal inom länsstyrelsens näringslivs-avdelning med stöd av länsstyrelsens juridiska expertis. Utifrån en maximal anbuds-nivå om tio poäng värderas inkomna anbud med poängfördelningen enligt nedan

- Maximalt 4 poäng för i anbudet beskriven kompetens och erfarenhet av NKI undersökningar, attitydundersökningar och kunder i offentlig sektor
- Maximalt 3 poäng för i anbudet beskriven metod
- Maximalt 3 poäng för offererad prisnivå

Om flera anbud värderas till samma totala slutpoäng värderas antal poäng inom erfarenhet och kompetens högst, därefter poängsumman för satt pris. Det för Länsstyrelsen i Västernorrlands län ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas.

#### *Länsrätten gör följande bedömning*

Frågan i målet är huruvida länsstyrelsens förfrågningsunderlag varit tillräckligt tydligt samt om den utvärdering som företagits skett i strid med förfrågningsunderlaget med hänsyn till där uppställda utvärderingskriterier.

När förfrågningsunderlaget beslutats och skickats ut till leverantörerna har den upphandlande myndigheten satt ”ramen” för upphandlingen, d.v.s. de förutsättningar som ska gälla. Ett bristfälligt förfrågningsunderlag kan stri-

da mot principerna att behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt mot kravet att upphandlingar ska genomföras på ett öppet sätt. Leverantörerna bör genom förfrågningsunderlaget få klart för sig hur utvärderingen kommer att gå till. Det är en förutsättning för att leverantörerna ska förstå konsekvenserna av att välja den ena eller den andra lösningen och därmed kunna lämna så lämpliga och ändamålsenliga anbud som möjligt.

När det gäller frågan huruvida förfrågningsunderlag och tillämpad utvärdering av anbud i visst fall uppfyller de krav på affärsmässighet som uppställs i LOU har Regeringsrätten i avgörandet RÅ 2002 ref. 50 uttalat bl.a. följande. Vill den upphandlande enheten tillämpa regeln om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska enheten ange detta i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling och samtidigt ange vilka omständigheter som den tillmäter betydelse. Omständigheterna ska om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med det viktigaste först. Vidare uttalar Regeringsrätten att LOU som bygger på EG-direktiv inte närmare ger besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i bl.a. 1 kap. 4 och 22 §§ LOU. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en entreprenör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer även av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. 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 LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. EG-domstolen har vidare i dom C 532/06 Lianakis m.fl. angett att angivande och viktning av kriterier och underkriterier måste göras i förväg i



förfrågningsunderlaget och att möjligheten att avvika vid utvärderingen är ytterst marginell.

**Markör** har i länsrätten framhållit att länsstyrelsen i förfrågningsunderlaget inte med önskvärd tydlighet har angivit hur den offererade prisnivån ska utvärderas. I förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivarna kan få 3 poäng för offererad prisnivå. Det framgår dock inte vilka kriterier/prisnivåer som gäller för att få 1, 2 eller 3 poäng. I detta avseende tillförs kriterier för poängbedömning först i utvärderingsprotokollet. **Skop** har i länsrätten anfört att det av länsstyrelsens förfrågningsunderlag inte framgår vilka kriterier som sedermera har beaktats i utvärderingen avseende kriterierna kompetens och erfarenhet och metod. Skop menar att de har direkt erfarenhet av företags nöjdhet av kommunens service samt att länsstyrelsen genom att poängsätta kriteriet att vinnande anbudsgivare tillämpar ”utskick av ett personligt förebrev inför undersökningen” har beaktat omständigheter som inte angivits i förfrågningsunderlaget. Om Skop hade känt till angivna kriterier hade de anpassat sitt anbud efter detta och därmed lämnat ett lämpligare anbud.

Av förfrågningsunderlaget går att utläsa att anbuden kommer att värderas utifrån en maximal anbuds nivå om tio poäng och med följande poängfördelning. Kriteriet kompetens och erfarenhet maximalt 4 poäng, metod maximalt 3 poäng och offererad prisnivå maximalt 3 poäng. Om flera anbud värderas till samma totala slutpoäng värderas antal poäng inom erfarenhet och kompetens högst, därefter poängsumman för satt pris. Det går vidare att utläsa att det är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som kommer att antas. I utvärderingsprotokollet anges ett poängintervall för hur den offererade prisnivån ska utvärderas. Vidare anges ett antal omständigheter som beaktats vid poängsättningen inom kriterierna erfarenhet och kompetens och metod. I förfrågningsunderlaget anges således inte vilka kriterier eller prisnivåer som krävs för att få 1, 2 eller 3 poäng inom vart och ett av kriterierna erfarenhet och kompetens, metod och pris. Länsrätten

kan därför konstatera att förfrågningsunderlaget i nämnda del inte är optimalt utformat eftersom en värderingsskala utan närmare angivna bedömningskriterier kan orsaka gränsdragningsproblem vid utvärderingen. Med hänsyn härtill finner länsrätten att länsstyrelsen har gett sig själva i princip en fri prövningsrätt och försvårat för anbudsgivarna att kunna förutse vad som skulle komma att tillmätas betydelse vid prövningen av anbuden och därmed lämna så ändamålsenliga anbud som möjligt (jfr Kammarrätten i Sundsvalls avgörande den 18 april 2008, mål nr 237-08). Denna bedömning vinner också stöd i att det inte heller i utvärderingen över inkomna anbud närmare framgår hur betygsättningen har gått till och vilka omständigheter som haft avgörande betydelse. Mot denna bakgrund och med beaktande av det krav på viktning av utvärderingskriterier som följer av gemenskapsrätten och som inte efterkommit av länsstyrelsen finner länsrätten att förfrågningsunderlaget står i strid med bestämmelsen i 1 kap. 9 § LOU och att bolagen har lidit eller kan komma att lida skada därav. Redan på denna grund finns således anledning till ingripande enligt LOU. Den brist som har konstaterats är hänförlig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Vid sådana förhållanden är det lämpligaste ingripandet att upphandlingen ska göras om (jfr RÅ 2005 ref. 47). Länsrätten bifaller således Markör och Skops ansökan på så sätt att upphandlingen ska göras om.

Vid ovan gjorda bedömning saknas skäl för länsrätten att gå in på övriga av bolagen framställda invändningar med avseende på bl.a. frågan huruvida den utvärdering som företagits skett i strid med förfrågningsunderlaget.

#### **DOMSLUT**

Länsrätten bifaller Markör och Skops ansökan på så sätt att länsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Länsrättens interimistiska beslut från den 8 april 2009 ska gälla intill denna dom vunnit laga kraft.

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Martin Gustafsson', written in a cursive style.

Martin Gustafsson





## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

**Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.**

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla**

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens 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 skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

