

**SÖKANDE**

Qui'd Åhus AB, 556623-9462
Box 583
291 26 Kristianstad

MOTPART

Simrishamns kommun
272 80 Simrishamn

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Upphandlingen av reklambyråtjänster 2010, dnr 2010/186, ska göras om.

YRKANDEN M.M.

Simrishamns kommun genomför en upphandling enligt LOU, med förenklat förfarande, av kvalificerade reklambyråtjänster. Genom beslut den 18 augusti 2010 tilldelades SOUTH Valentin Byhr AB kontraktet.

Qui'd Åhus AB ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om samt anför följande. Enligt förfrågningsunderlaget ska de börkrav som ställs utvärderas. Simrishamns kommun har istället gjort en utvärdering av skallkrav. Ett skallkrav är något som alla anbudsgivare måste uppfylla och utgör den "lägsta ribba" en anbudsgivare måste klara för att gå vidare till utvärderingsfasen. När sju av tio anbudsgivare inte uppfyller skallkrav rörande erfarenhet brister anbudsunderlaget i tydlighet och öppenhet. Det som Simrishamns kommun upphandlar är "... varumärkesbyggande och marknadsföring av kommunen som bostads- och etableringsort. Det är detta arbete som nu kommer att få större fokus de kommande åren. ...". Under den tid som upphandlingen låg ute på allego.se begärdes ett förtydligande hur det övergripande skallkravet: "ska ha dokumenterad erfarenhet av snabbbrörliga konsumtionsvaror och tjänster på en internationell marknad, företrädesvis i digitala medier" stämde överens med det som upphandlas. Simrishamns kommun gav inget förtydligande utan hänvisade till formuleringen i anbudsunderlaget.

Simrishamns kommun yrkar i första hand att ansökan ska avslås och i andra hand att förvaltningsrätten beslutar om rättelse på så sätt att utvärderingen ska göras om, samt anför följande. Simrishamns kommun medger att utvärderingen har skett på ett felaktigt sätt med hänsyn taget till skrivningen i förfrågningsunderlaget. Vid en genomgång av upphandlingen finner dock Simrishamns kommun att resultatet avseende vilka anbud som går vidare till utvärderingen skulle bli detsamma. I kvalificeringsfasen anser kommunen inte att någon felaktighet skett. I förfrågningsunderlaget finns ett antal skallkrav som kommunen ställt upp i en första kvalificeringsfas.

För att gå vidare i upphandlingen måste dessa vara uppfyllda. Att endast tre av anbudsgivarna uppfyller de ställda skallkraven innebär inte att kommunen brutit i tydlighet. Det måste vara upp till upphandlande myndighet själv att avgöra vilka skallkrav som används så länge de hör ihop med det som upphandlas eller i övrigt inte strider mot lagen om offentlig upphandling. Simrishamns kommun anser att ställda skallkrav är tydliga och förenliga med vad som upphandlas. Kommunen anser vidare att man lämnat information i tillräcklig utsträckning vad gäller förtydligande av förfrågningsunderlaget.

DOMSKÄL

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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 om proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 1 och 2 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

En upphandlande myndighet har stor frihet att bestämma vilka krav den ställer i en upphandling förutsatt att de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna upprätthålls.


Proportionalitetsprincipen innebär bland annat att de krav som ställs i en upphandling inte får gå utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen. Simrishamns kommun har ställt som kvalificeringskrav att ”Anbudsgivare och dess aktuella konsult/er ska ha en dokumenterad erfa-

renhet av marknadsföring av snabbbrörliga konsumtionsvaror och tjänster på en internationell marknad, företrädesvis genom marknadsaktiviteter i digitala medier.” (punkt 1.3 i förfrågningsunderlaget). Kravet ifråga har lett till att sju av tio anbudsgivare, däribland sökanden, inte har kvalificerat sig till utvärderingen.

Förvaltningsrätten kan inte se varför det skulle vara nödvändigt med erfarenhet av marknadsföring av *snabbbrörliga konsumtionsvaror* och tjänster på en internationell marknad, när upphandlingen avser reklambyråtjänster för varumärkesbyggande och marknadsföring av kommunen som bostads- och etableringsort. Simrishamns kommun har inte lämnat någon som helst förklaring till varför kravet anses vara relevant, vare sig i svar på fråga från anbudsgivare eller i sitt yttrande till förvaltningsrätten. Rätten finner mot denna bakgrund att det angivna att kravet strider mot proportionalitetsprincipen och därmed är otillåtet. Eftersom Qui'd Åhus AB inte kvalificerat sig till utvärderingen på grund av bristande uppfyllelse av detta otillåtet ställda krav, har bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Det finns därmed skäl för ett ingripande enligt LOU.

Det aktuella kravet har medfört att sju av tio anbudsgivare inte kvalificerat sig till utvärderingen och möjligen föranlett att potentiella anbudsgivare inte lämnat anbud i upphandlingen. Kravet kan således ha haft en kraftigt konkurrensbegränsande effekt. Dessutom är det ostridigt att Simrishamns kommun har avvikit från vad som anges i förfrågningsunderlaget när det gäller vilka krav som ska utvärderas. Under dessa omständigheter anser förvaltningsrätten att det inte är tillräckligt att besluta om rättelse. Upphandlingen ska därför göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)



Peder Liljeqvist



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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.