

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**
2013-11-13
Meddelad i
GöteborgMål nr
9637-13 E
Avdelning 3 Enhet 31**SÖKANDE**Condesign Infocom Aktiebolag, 556453-7172
Stationsgatan 2
341 60 LjungbyOmbud: Fredrik Bromander
Condesign Infocom AB
Nya Tingstadsgatan 1
422 44 Hisings Backa**MOTPART**BRG, Business Region Göteborg AB, 556439-5878
Norra Hamngatan 14
411 14 GöteborgOmbud: Advokat Roland Adrell och jur.kand. Johan Lidén
Gärde Wesslau Advokatbyrå i Göteborg AB
Kungstorget 2
411 17 Göteborg**ÖVERKLAGAT BESLUT**BRG, Business Region Göteborg AB:s beslut den 2 september 2013,
diariernr 0094/13**SAKEN**Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkor-
tad LOU**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 233600

| | | | | |
|---|---|--|-----------------------------------|---|
| Postadress Box 53197 400 15 Göteborg | Besöksadress Sten Sturegatan 14 | Telefon 031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se | Telefax 031 - 711 78 59 | Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00 |
|---|---|--|-----------------------------------|---|

BAKGRUND

BRG, Business Region Göteborg AB (BRG) har genomfört en upphandling avseende produktion av reklambyråtjänster, diarienummer 0094/13. Upphandlingen har genomförts som ett förenklat förfarande. Anbud från 17 leverantörer har kommit in, varav 14 uppfyllt kvalificeringen och gått vidare till utvärderingen. Av tilldelningsbeslut den 2 september 2013 framgår att Sandberg Trygg har vunnit upphandlingen.

YRKANDEN M.M.*Condesign Infocom Aktiebolag*

Condesign Infocom Aktiebolag (bolaget) begär överprövning av upphandlingen och anför i huvudsak följande. Bolaget yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolaget antas som företag nummer ett och tilldelas det aktuella ramavtalet, i andra hand att upphandlingen ska göras om samt i tredje hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen av inkomna anbud ska göras om. BRG har, utan att iaktta kravet på affärsmässighet vid upphandling av ramavtal enligt LOU, för avsikt att teckna överlappande avtal med en strategisk reklambyrå och en taktisk reklambyrå innebärande att regelverket för ramavtal sätts ur spel. BRG har dessutom inte värderat anbuden i upphandlingen i enlighet med principerna om proportionalitet, likabehandling och transparens, vilket medfört skada för bolagets del.

BRG har för avsikt att upphandla ”Produktion av Reklambyråtjänster” och ”Strategisk reklam och kommunikationsbyrå”. I vardera upphandling förbehåller sig BRG rätten att fritt flytta uppdrag mellan de båda avtalen utan konkurrensutsättning. Utvärderingskriterierna för referensuppdragen är exakt desamma i båda upphandlingarna, trots att de upphandlade tjänsterna

kraftigt skiljer sig åt. Var och en av de två upphandlingarna avser ett ramavtal med en enda leverantör. Den strategiska byrån kan dock få utföra en godtycklig andel av produktionsbyråns uppdrag utan ytterligare upphandling och vice versa. Genom att dela upp upphandlingen i två i huvudsak överlappande förfrågningar samt förbehålla sig rätten att välja vilket avtal som ska användas för ett givet uppdrag och inte begära pris på produktionsjästerna i någon av de båda upphandlingarna, kan BRG välja att otillbörligt gynna den strategiska byrån både med stora volymer och med fri prissättning utan konkurrens.

BRG sammanblandar kvalificerings- och utvärderingsfasen samt utnyttjar egen personal för att bedöma referensuppdrag till andra kunder. Bolaget har på grund därav uteslutits från möjligheten att i konkurrens med andra företag delta med anbud i den aktuella upphandlingen och riskerar härigenom att lida skada. Case (0) återfinns under ”Uppdragsspecifikation, speciella krav pkt 6” i anbudsfrågan. Detta avsnitt hör enligt anbudshandlingarna till kvalificeringen. Här ska anbudsgivaren visa att denne har kompetens genom att bifoga en beskrivning av ett tidigare utfört uppdrag inom området mässor/event. Övriga två referensuppdrag är i anbudsfrågan klassificerade som del av utvärderingen. Case (1) beskrivs i anbudsfrågan som en del av utvärderingen som ska bedömas enligt en skala från ett till fem, där två är godkänt. Om betyget inte blir fyra eller fem avslutas utvärderingen och anbudsgivaren diskvalificeras. Detta är en otillåten kombination. Antingen används referensuppdraget i kvalificeringsfasen, och då ska det bara bedömas om anbudsgivaren tidigare har utfört motsvarande arbeten för andra kunder och om dessa är nöjda med resultatet, eller är det en del av utvärderingen, och då får anbudsgivaren inte diskvalificeras innan hela utvärderingen är genomförd.

En genomgång av ett tiotal motsvarande upphandlingar av reklamtjänster från andra offentliga myndigheter visar att samtliga var ytterst noggranna

med att kräva att anbudsgivarna anonymiserade sina referensuppdrag för att bedömarna inte skulle färgas av sin kunskap om eller relation till anbudsgivaren. BRG kräver i motsats till praxis att referenserna ska ha anbudsgivarens identitet klart angiven. På detta sätt kommer bedömningarna dessutom att styras av vad de deltagande BRG-medarbetarna personligen tycker om de enskilda anbudsgivarna.

Den upphandlande enheten får bara ställa krav på en lägsta nivå för anbudsgivarens ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. De anbudsgivare som klarar kraven med liten marginal är lika kvalificerade som de anbudsgivare som klarar kraven med stor marginal. Ska referenser användas vid anbudsutvärderingen ska de omdömen som lämnas vid referenstagningen användas som bevis vid bedömningen av i vilken mån anbudsgivaren uppfyller ett visst kriterium. För att få använda referenser vid utvärderingen måste referenserna avse den tjänst som ska utföras och inte anbudsgivaren. Referenser som syftar till att bedöma anbudsgivarens resurser och erfarenhet rent generellt får inte användas vid anbudsutvärderingen, utan får endast kontrolleras som kvalificeringskrav. Case (1) utnyttjas för att stänga av anbudsgivare från den fortsatta utvärderingsprocessen.

Proportionalitetsprincipen innebär att kraven på leverantören och tjänsten måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som ska upphandlas. Bedömningsskalan som BRG använder innehåller utvärderingsfaktorerna ”analytisk förmåga” och ”kreativ förmåga”, vilket inte ska ligga till grund för en kvalificering av en anbudsgivare. Det har inte heller med anbudet att göra, då uppdraget gäller ”produktion av enklare reklam- och kommunikationstjänster”. Uppdragen utvärderas dessutom på faktorn ”målgruppsanpassning”, vilket bara finns som ett krav i uppdragsspecifikationen för den strategiska byrån men inte för produktionsbyrån. Det kan inte vara i enlighet med kraven i LOU att exakt samma kriterier och bedömningsskala används för strategitjänster och enklare reklamtjänster.

Ett skall-krav i den aktuella upphandlingen är att anbudsgivarens projektgrupp alltid ska kunna samlas hos kunden med kort varsel. Det är oklart hur uttrycket ska tolkas och om det innebär att anbudsgivaren måste ha sitt kontor lokaliserat i centrala Göteborg. Kravet bryter i vilket fall både mot likabehandlingsprincipen och mot principen om icke-diskriminering. Det är inte tillåtet att göra den här typen av geografiska begränsningar och det går inte heller att veta vilka presumtiva anbudsgivare som avstod från att lämna anbud på grund av villkoret. Det krävs vidare att anbudsgivaren är en produktionsenhet med hög kreativ nivå, vilket är att ta irrelevant hänsyn och att inte främja öppenhet och förutsägbarhet.

Utvärderingsmodellen överviktat referensuppdragen i förhållande till pris och leveransförmåga. Det är 90 procent eget tyckande av personal hos BRG om hur anbudsgivarens personal kan ha tänkt när referensuppdragen utfördes och 10 procent leveranskvalitet, på ett sätt som inte går att hitta när andra upphandlingar av reklamproduktion i Sverige analyseras. Sammanvägningen med priset görs därefter på ett sådant sätt att verkligt pris blir ointressant vid bestämningen av ekonomiskt mest fördelaktiga erbjudande. Själva utvärderingsmodellen är naturligtvis inte otillåten, men genom den valda viktningen blir de väsentliga och mätbara egenskaperna hos den levererade tjänsten betydelselös medan egenskaper som är omätbara, godtyckliga och som bryter mot proportionalitetsprincipen dominerar. Yrkeskategorin originalare som vid ”enklare reklamproduktion” står för huvuddelen av arbetet får anbudsgivaren ange pris för, men det tas inte med i bedömningen av bästa erbjudande. Det efterfrågas alltså produktion, men baserar utvärderingen enbart på priset för vissa specialistfunktioner. Dessutom är modellen konstruerad så att samma poäng ges olika pristillägg i kronor beroende på vilket medelpris anbudsgivaren anger för sina specialisttjänster. Om avsikten är att låta en strategisk byrå även utföra all enklare reklamproduktion till överpris finns ändå risken att en effektiv pro-

duktionsbyrå kan slå ut den dyrare strategiska byrån om inte möjligheten att avlägsna den förra från anbudstävlingen hade existerat.

Bolaget hade bästa pris, undantaget byrå nr 6 som gav ett onormalt lågt anbud i kombination med ett underkännande i Case (2), vilket gör det möjligt att förkasta anbudet i fråga. Bolaget är dessutom ISO-certifierat vad gäller kvalitetssystemet, vilket ska ge högsta poäng på kvalitetssäkring och därmed göra anbudet än mer ekonomiskt fördelaktigt i förhållande till övriga anbud. Bolaget har på ett felaktigt sätt uteslutits från anbudsgivningen och därigenom uppenbart lidit skada av det valda tillvägagångssättet. Tilldelningen baseras på fyra moment, av vilka två är mätbara och transparenta, medan övriga två är godtyckliga och strider mot LOU. Skulle de senare två momenten tas bort ur anbudsvärderingen skulle bolaget ha vunnit upphandlingen.

BRG, Business Region Göteborg AB

BRG bestrider bolagets ansökan anför i huvudsak följande. Det har parallellt med nu överprövad upphandling – som avser produktion av reklam-tjänster – genomfört en upphandling avseende strategisk reklam- och kommunikationsbyrå. Den överprövade upphandlingen syftar primärt till att täcka behovet av produktion av olika typer av reklammaterial. Den andra upphandlingen avser huvudsakligen att tillgodose behovet av en mer övergripande strategisk kommunikationspartner för utarbetande av överordnade koncept och kommunikationsstrategier. Förfrågningsunderlaget möjliggör inte att godtyckligt välja vilka av de båda ramavtalen som ett visst avrop ska ske ifrån. I förfrågningsunderlaget lämnas klar och tydlig information dels om upphandlingens kontraktsföremål, dels om förhållandet till andra upphandlingar och avtal. Det står en upphandlande myndighet fritt att såväl definiera kontraktsföremålet i samband med upphandlingar som att dela upp kontraktsföremål i olika upphandlingar och anbudsområ-

den. Detta dock med den generella begränsningen att upphandlingar inte får konstrueras på ett sätt som otillbörligt begränsar konkurrensen. I det aktuella fallet innefattar inte uppdelningen i någon del ett handlande som otillbörligt begränsar konkurrensen. Det är därtill tydligt fråga om två olika kontraktsföremål i de två aktuella upphandlingarna. Det ligger vidare i sakens natur att intellektuella immateriella tjänster av här aktuellt slag typiskt sett inte låter sig definieras med lika hög precision som exempelvis enklare varor. Det får därför i någon mån anses ofrånkomligt att olika ramavtal avseende sådana tjänster – eller olika anbudsområden inom en upphandling – till mindre del kan komma att få överlappande tillämpningsområden. Detta kan inte i sig medföra att en överträdelse av LOU är för handen. Under alla omständigheter har bolaget inte lidit skada eller risk för skada av nu aktuellt påstått brott mot LOU. Bolaget har inte närmare utvecklat på vilket sätt den påstådda överlappningen påverkar bolagets möjlighet att erhålla kontrakt i upphandlingen.

Det har i den aktuella upphandlingen inte använts tilldelningskriterier som rätteligen är att betrakta som kvalificeringskriterier. Tvärtom har samtliga tilldelningskriterier tagit sikte på tjänstens förväntade kvalitet, i enlighet med LOU:s principer. Det finns inget principiellt hinder mot att koppla obligatoriska krav till sådana bedömningar som sker inom ramen för förfrågningsunderlagets tilldelningskriterier. Det är således fullt möjligt för en upphandlande myndighet att utvärdera ett visst kriterium enligt en poängskala 0–5 och att härvid föreskriva att en leverantör, för att kunna komma ifråga för kontrakt i upphandlingen, måste uppnå minimibetyget två. Detta innebär att ett obligatoriskt krav i upphandlingen är att anbudet, vid den aktuella bedömningen, uppnår minst betyget två. LOU tillåter att det ställs upp minimikrav på kvaliteten på den tjänst som upphandlas. Sådana krav utgör i formell mening inte kvalificeringskrav i LOU:s mening. I upphandlingen används ett obligatoriskt krav med innebörden att endast de anbud som uppnådde betyget tre eller bättre, vid utvärderingen av refe-

rensuppdrag 1, tillåts gå vidare till muntlig presentation och slutlig utvärdering. Ett sådant obligatoriskt krav är förenligt med LOU. Bolagets anbud erhöll betyget två vid utvärderingen av referensuppdrag 1. Anbudet togs därför inte vidare till muntlig presentation och slutlig utvärdering. Förfarandet är i enlighet med förfrågningsunderlaget och innefattar ingen överträdelse av LOU. Bolaget har under alla förhållanden inte lidit skada eller risk för skada med anledning av den stegvisa anbudsutvärdering som tillämpats. Även om bolaget hade tagits vidare till muntlig presentation och slutlig utvärdering – och härvid erhållit högsta betyg på återstående moment – hade bolagets anbud likväl inte erhållit det lägsta jämförelsepriset.

Bolaget synes ifrågasätta det förhållandet att det vid bedömning och utvärdering av sådant material som anbudsgivarna tagit fram för andra beställare använts egen personal. Det finns flera möjliga sätt att utvärdera begreppet kvalitet i en upphandling av nu aktuellt slag. Det hade varit möjligt att utvärdera referensuppdrag på det sättet att frågor ställs till referenter, vilka därefter genom sina svar betygsätter den tjänst som anbudsgivaren levererat. Någon sådan modell har emellertid inte valts i upphandlingen. I upphandlingen har begärts in material som anbudsgivarna tagit fram inom ramen för liknande uppdragsförhållanden för andra beställare. Detta material har sedan internt bedömts utifrån de kriterier som anges i förfrågningsunderlaget. Det är således inte fråga om en utvärdering av referenser. I den aktuella upphandlingen har i stället företagits en egen utvärdering av den produkt och det resultat som anbudsgivaren tagit fram för andra beställare. Förfrågningsunderlagets innehåll är i dessa delar tydligt och transparent. Subjektiva moment får förekomma och är ofrånkomliga i alla upphandlingar som innefattar andra hänsyn än pris. Varken godtycke eller s.k. fri prövningsrätt har förekommit. Bolagets påstående om fel i denna del saknar därför fog. Under alla förhållanden har bolaget inte visat att nu påstått fel medfört skada eller risk för skada för bolagets del.

Det står inte i strid med LOU att avkräva anbudsgivarna identiteten på de beställare som åberopas i redovisade referensuppdrag. De personer som ingått i bedömningsgruppen för anbudsutvärderingen har inte låtit sig påverkas av ovidkommande hänsyn. Vad bolaget gör gällande påvisar ingen överträdelse av LOU.

Det bestrids att kravet avseende samling med kort varsel skulle vara otydligt och stå i strid med transparensprincipen. Det kan noteras att samtliga anbudsgivare bedömts uppfylla kravet. Bolaget har under alla förhållanden inte lidit skada eller risk för skada med anledning av aktuellt krav. Grund för ingripande saknas även på denna grund.

Vald tilldelningsgrund i upphandlingen är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Därmed är det upp till den upphandlande myndigheten att bestämma, och i förfrågningsunderlaget ange, vilken betydelse som ska tillmätas å ena sidan kvalitetsfaktorer och å andra sidan pris. Detta har skett på ett öppet sätt och även i övrigt i enlighet med de grundläggande upphandlingsprinciperna. Viktning och övriga upplysningar av betydelse för utvärderingsmodellen är tydligt beskrivna i förfrågningsunderlaget. Det har i upphandlingen klart och tydligt angetts vilka tjänster som efterfrågas inom ramavtalet och gjorts en godtagbar förhandsbedömning av vilka tjänste-/personalkategorier som huvudsakligen kan förväntas bli aktuella vid leverantörs utförande av uppdrag. Alla anbudsgivare har haft lika och fullgoda möjligheter att på basis av detta utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Vad bolaget anfört om brister i denna del påvisar inte att en överträdelse av de grundläggande upphandlingsprinciperna är för handen.

DOMSKÄL*Tillämpliga bestämmelser m.m.*

Upphandlande myndigheter ska 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 (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Utredningen i målet

I ifrågavarande förfrågningsunderlag anges bl.a. följande. Upphandlingen avslutas med att ramavtal tecknas med en leverantör och BRG. Anbudet ska vara BRG tillhanda senast den 20 maj 2013. Den anbudsgivare som lämnar det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet tilldelas kontraktet. Ett anbud som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav kommer att förkastas. Prövning av anbudet sker i tre steg. Först prövas att anbudsgivaren uppfyller de krav som ställts på leverantören. Vid denna kvalificering sker en prövning om anbudsgivaren uppfyller de ställda kvalificeringskraven i förfrågningsunderlaget samt om anbud är korrekt inlämnade och innehåller all den dokumentation och de uppgifter som infordrats. De anbudsgivare som uppfyller kvalifikationskraven och vars anbud är korrekt inlämnade och kompletta har kvalificerat sig till nästa steg. Dessa anbud genomgår därefter en prövning av om kraven på vara/tjänst är uppfyllda. Anbudsgivare som uppfyller samtliga ställda krav på varan/tjänsten går vidare till sista

steget och genomgår en utvärdering. Beträffande kvalificerande krav är det endast krav listade i Svarsblankettens flik ”Kvalificering” som är kvalificerande. - - - BRG söker produktionsbyrå/enhet med hög kreativ nivå för enklare reklam- och kommunikationstjänster. Syftet med upphandlingen är att säkerställa BRG:s varierade behov av reklam-/kommunikationstjänster för det närmaste året. Uppdraget ”Reklambyråtjänster” innebär analys, idé, koncept och produktion av tryckt och digitalt material, såsom informationsmaterial, broschyrer, digitala presentationer, mallar, annonser, faktablad, posters, mässmaterial, film, webb och nyhetsbrev. Det innebär vidare anpassning av befintligt material till olika målgrupper och språk samt att leverantör har ett totalansvar för projekt- och produktionsledning, idé/koncept, text/copy, formgivning/layout samt repro och leverans av tryckfärdigt original till av beställaren utsett tryckeri. - - - BRG upphandlar samtidigt byrå för strategisk reklam som kan få i uppdrag att producera delar av BRG:s kommunikation. Uppdraget omfattar inte de kommunikationsuppdrag som ingår i andra avtal, såsom exempelvis strategisk kommunikationsbyrå, webbyrå, mässleverantör, bilageleverantör eller kundtidningen Business. - - - Anbudsgivaren ska presentera en fast arbetsgrupp, varav minst en Operativ projektledare/produktionsledare, minst en AD och minst en Copy. I svarsblankettens prisflik anges timkostnader för de olika tjänsterna/rollerna i arbetsgruppen. - - - Anbudsgivaren ska till anbudet bifoga två relevanta referensuppdrag inom reklam- och kommunikationsproduktion. Referensuppdrag 1 ska beskriva hur man lyckats skapa uppmärksamhet, påverka attityder eller driva en beteendeförändring i en specifik fråga. Kampanjen ska ha omfattat kommunikation i flera kanaler, både analog och digitala. Referensuppdrag 2 ska beskriva hur man med hjälp av en kreativ idé har lyckats att framställa enklare material som, trots en begränsad budget har gett bra resultat. Bedömningen av insända referensuppdrag sker av en arbetsgrupp hos BRG och kommer att utvärderas utifrån analytisk förmåga målgruppsanpassning, kreativ förmåga samt tydlighet och begriplighet i framställningen. Vid bedömningen används en 5-

gradig skala. För att komma vidare till muntlig presentation och slutlig utvärdering krävs att anbudsgivaren uppnått minst tre poäng i betyg gällande referensuppdrag 1. Den muntliga presentationen avser referensuppdrag 2. - - - Enligt Svarsblankettens flik "Kvalificering" ska anbudsgivaren bl.a. med kort varsel kunna samla arbetsgruppen till möten hos uppdragsgivaren.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Rätten ska endast beakta de grunder som sökanden har framfört i målet (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, utan sökanden ska visa att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande den 1 juli 2013 i mål nr 96-13).

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör 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, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Högsta förvaltningsdomstolen har även uttalat att 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 lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Bolaget har först och främst anfört att det skett en sammanblandning av två separata upphandlingar på ett sätt som skulle strida mot LOU. Den överprövade upphandlingen syftar primärt till att täcka behovet av produktion av olika typer av reklammaterial. Den andra upphandlingen avser huvudsakligen att tillgodose behovet av en mer övergripande strategisk kommunikationspartner för utarbetande av överordnade koncept och kommunikationsstrategier. Upphandlande myndighet måste själv få välja vilka krav som ställs på respektive upphandling utifrån vad de vill uppnå. Detta kan inte anses bryta mot reglerna i LOU. Bolaget har såldes inte kunnat visa att det skett någon otillåten sammanblandning mellan de båda upphandlingarna. Upphandlingarna kan inte heller anses möjliggöra för BRG att godtyckligt välja vilket av de båda ramavtalen som ett visst avrop ska ske ifrån. Detta då det i förfrågningsunderlagen lämnas klar och tydlig information om de olika upphandlingarnas kontraktsföremål.

Bolaget har vidare invänt att upphandlande myndighet på ett otillåtet sätt har sammanblandat kvalificerings- och utvärderingsfas samt utnyttjar egen personal för att bedöma referensuppdrag till andra kunder. I ett upphandlingsförfarande ska ingå en kvalificerings- och en utvärderingsfas. Prövningen under kvalificeringsfasen syftar till att säkerställa leverantörens förmåga att leverera det som ska upphandlas enligt förfrågningsunderlaget. Vad gäller prövningen under utvärderingsfasen avser denna att utifrån de krav på tjänsten/produkten som framgår av förfrågningsunderlaget med avseende på det som ska upphandlas, värdera de anbud som kvalificerat sig till utvärderingen utifrån angivna utvärderingskriterier (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 1 juni 2009 i mål nr 788-09 och EU-domstolens dom den 24 januari 2008 i mål nr C-532/06). Det finns inte något hinder mot att använda referenser i utvärderingsfasen så länge dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 3 februari 2009 i mål nr 7332-08).

Med hänsyn till att det ifrågasatta utvärderingskriteriet, att endast de anbud som uppnått ett visst betyg vid utvärderingen av det första referensuppdraget tillåts gå vidare till muntlig presentation och slutlig utvärdering, avser bedömningen av den levererade tjänstens kvalitet anser förvaltningsrätten att det kan beaktas inom ramen för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, dvs. under utvärderingsfasen. Förvaltningsrätten konstaterar vidare att det framgår av förfrågningsunderlaget hur BRG avsåg att genomföra utvärderingen och vad som krävdes för att gå vidare till nästa steg. Någon sammanblandning av kvalificeringskrav och utvärderingskriterier har enligt förvaltningsrättens bedömning inte skett. Inte heller vald metod för utvärdering av ingivna referensuppdrag kan enligt förvaltningsrätten anses bryta mot reglerna i LOU.

När en upphandlande enhet fastställer andra utvärderingskriterier än enbart pris är det ofrånkomligt att kriterierna i viss mån bedöms subjektivt vid utvärderingen. Det går således inte att utforma utvärderingskriterier som inte till någon del innefattar subjektiva bedömningar. Det finns heller inget krav i LOU eller gemenskapsrätten på att varje steg i en poängskala ska beskrivas i ord i förfrågningsunderlaget. Av de ovan återgivna avsnitten framgår på vilket sätt poängtilldelning och viktning skulle komma att ske, samt hur upphandlande myndighet avsåg att tilldela poäng. Det får därför anses känt för anbudsgivarna på vilka grunder poängen skulle komma att fördelas. BRG har således inte heller använt sig av någon otillåten utvärderingsmodell i den aktuella upphandlingen.

Vad bolaget anför i övrigt utgör inte skäl för annan bedömning än att anbudsgivarna kunnat utläsa och förstå hur ett konkurrenskraftigt och ändamålsenligt anbud ska formuleras. Även om förfrågningsunderlaget inte är optimalt utformat så har upphandlande myndighets avsikt med att använda uppställda krav i utvärderingen varit att försöka uppnå viss kvalitet i behandlingen, och får på så sätt anses kopplat till föremålet för

upphandlingen. Bolaget har inte heller i övrigt visat att upphandlande myndighet vid utvärdering och poängsättning skulle ha frångått de kriterier och krav som anges i förfrågningsunderlaget eller att förfarandet inneburit att kraven i LOU åsidosatts.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att upphandlingen har sådana brister att det finns skäl att ingripa mot den. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Kristina Jarnevall
Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Simon Isaksson.



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.