

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 1 Enhet 12

DOM
2014-11-27
Meddelad i
GöteborgMål nr
9891-14**SÖKANDE**Stoner & Hill Reklambyrå AB, 556760-1561
Otto Torells Gata 22
432 44 VarbergOmbud: Advokaten Linda Dahlström och jur. kand. Lina Hallgren
Advokatfirman Delphi i Göteborg KB
Östra Hamngatan 29
411 10 Göteborg**MOTPART**Varbergs Kommun
432 80 Varberg**SAKEN**

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bestämmer att Varbergs Kommuns upphandling Kreativ Kommunikationsbyrå med grafisk kompetens får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att upphandlingens steg 2 görs om.

BAKGRUND

Varbergs Kommun, kommunen, genomför en upphandling benämnd Kreativ Kommunikationsbyrå med grafisk kompetens, dnr KS 2013/0556. Upphandlingen genomförs i form av selektivt förfarande, dvs. i två steg, och syftar till att ramavtal ska tecknas med en anbudsgivare.

Enligt förfrågningsunderlaget skulle kommunen, av de sökande som uppfyllde de uppställda kvalificeringskraven, erbjuda minst tre att lämna anbud. Kriteriet för urvalet var, utöver kvalificeringskrav på leverantören, lägsta pris. Kommunen valde ut fem sökande leverantörer som i upphandlingens steg 2 erbjöds att lämna anbud. Anbudet skulle innehålla fyra arbetsprov, bl.a. utformning av en folder och ett 1-sidigt flygblad. De fem utvalda leverantörerna gav in anbud som utvärderades. Utvärderingen baserades på en viktad sammanvägning av erbjudet pris och bedömd kvalitet.

Kommunen meddelade tilldelningsbeslut den 17 september 2014. Av tilldelningsbeslutet framgår att kommunen avsåg att teckna avtal med Treativ Reklambyrå AB. Av utvärderingen framgår att Stoner & Hill Reklambyrå AB:s (Bolaget) anbud rangordnats som femte anbud.

YRKANDEN M.M.

Vad Bolaget yrkar och anför

Bolaget yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs, varvid anbuderna från Brandwork Design & Communication Göteborg (Brandwork), Circus Communication Göteborg AB (Circus), Mecka Reklambyrå AB (Mecka) och Treativ förkastas och att Bolaget därmed tilldelas kontrakt. Bolaget anför i huvudsak följande.

I upphandlingens steg 1, kommunens inbjudan, efterfrågas under punkten 1.5.4 tre referenser från tidigare uppdragsgivare. Vidare anges att i de fall där Varbergs kommun är avtalskund till anbudsgivaren idag, ska kommunen anges som referens. Treativ har sedan i mars 2011 Varbergs kommun som kund enligt avtal, dnr SVN 2010/0005. På kommunens hemsida finns angivet att Treativ har avtal med kommunen t.o.m. oktober 2014. Treativ har således inte uppfyllt skall-kravet avseende referenser och dess anbud borde därför rätteligen ha förkastats av kommunen.

I förfrågningsunderlagets punkt **2.4.3 Uppdrag och arbetsprover** efterfrågas bl.a. ett arbetsprov, uppdrag 2 a, i form av ”folder med kreativ höjd”.

En folder är en trycksak som endast består av ett vikt, falsat ark. Det kan vara en eller flera falsningar men ingen bindning eller häftning. En broschyr är ett antal vikta blad lagda tillsammans och sammanhäftade. Se vidare Nationalencyklopedin eller Svenska Akademiens ordlista.

Samtliga övriga anbudsgivare har som arbetsprov lämnat broschyrer där antalet sidor varierat mellan 8 och 42. Endast Bolaget har följt det som efterfrågats i anbudsunderlaget. Som en följd av detta har Bolaget genom uppdraget haft mindre möjlighet att visa kreativ höjd, tydlighet, relevans, hantverk och omdöme. Bolaget har också i denna kategori tilldelats lägst poäng.

Som arbetsprov 2 b angavs i förfrågningsunderlaget ”Ta fram en 1-sidig folder”. I publikt svar förtydligade kommunen vad som avsågs, nämligen ett 1-sidigt flygblad i A5-format.

Brandwork och Treativ har lämnat in blad med tryck på två sidor. Circus, Mecka och Bolaget har följt det som efterfrågats i förfrågningsunderlaget.

Som en följd av detta har dessa anbudsgivare haft mindre möjligheter att visa kreativ höjd, tydlighet, relevans, hantverk och omdöme. Brandwork och Treativ har fått högst poäng i detta moment.

Sammanfattningsvis kan konstateras att kommunen överträtt likabehandlingsprincipen och transparensprincipen i LOU genom att inte förkasta anbudet från Treativ, Brandwork, Circus och Mecka. Bolaget hade tilldelats kontrakt om inte anbudet från nämnda leverantörer hade utvärderats. Bolaget har således lidit eller riskerar i vart fall att lida skada till följd av kommunens överträdelser av LOU.

Kommunens inställning i målet

Kommunen anser att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen görs om och att samtliga fem anbudsgivare som kvalificerat sig till utvärderingsfasen ska omfattas av den nya utvärderingen. Kommunen anför i huvudsak följande.

Beslutet att teckna ramavtal, dnr SVN 2011/0005, med Treativ togs av Kommunestyrelsen i Varbergs arbetsutskott den 15 mars 2011. Av avtalet framgår att avtalsperioden sträcker sig till den 31 mars 2014. Kommunestyrelsens arbetsutskott har inte meddelat beslut om att avtalet med Treativ ska förlängas. Det finns inte heller något delegationsbeslut som innebär att avtalet med Treativ ska förlängas. Avtalet har därför upphört den 31 mars 2014. Uppgiften på Kommunens hemsida som Bolaget åberopar är således felaktig. Treativ har därför inte haft att ange Varbergs Kommun som referens.

De utvalda leverantörerna fick i uppdrag att utföra fyra fiktiva uppdrag, enligt förfrågningsunderlagets punkt 2.4.3. De fiktiva uppdragen utgör

dock inte skall-krav i en kvalificeringsfas, utan tillhör utvärderingsfasen, se punkterna 1.2.1. och 2.2.1. i förfrågningsunderlaget.

Tyvärr har det i steg 2 i punkterna 2 a och 2 b insmugit sig en språklig tveksamhet där anbudsgivarna har tolkat begreppen folder och 1-sidigt flygblad på olika sätt. Bolaget har påpekat att de arbetsprover som lämnats enligt uppdrag 2 a av övriga anbudsgivare inte motsvarar vad som i språklig mening avses med begreppet folder och att de arbetsprover som lämnats av Brandwork och Treativ enligt uppdrag 2 b inte motsvarar vad som i språklig mening avses med begreppet 1-sidigt flygblad. Bolaget har här rätt i sak. Denna omständighet kan dock inte medföra att de kvalificerade anbuden ska förkastas, men borde rätteligen ha påverkat utvärderingen i större utsträckning. Det finns därför anledning till att utvärderingen görs om.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

Efter ansökan från en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör (16 kap. 4 § LOU).

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 har lidit skada 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 § LOU).

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).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om kommunen i den aktuella upphandlingen, i något av de avseenden som Bolaget påstått, har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot andra bestämmelser i LOU och om det därför finns grund för att ingripa mot upphandlingen. För ett ingripande krävs också att Bolaget har lidit eller kan komma att lida skada till följd av förfarandet.

Frågan om lämnade referenser

Bolaget har gjort gällande att anbudsgivaren Treativ inte uppfyllde skalkravet i upphandlingens steg 1 om att kommunen skulle anges som referens av anbudssökande som hade kommunen som kund. Enligt Bolaget borde Treativ av den anledningen inte ha tillåtit lämna anbud i upphandlingens steg 2. Som bevisning har Bolaget åberopat en uppgift från kommunens hemsida där det anges att Treativ hade avtal med kommunen till den 31 oktober 2014.

Kommunen har i målet gett in kopia av avtalet där det anges att avtalstiden är den 1 april 2011 – den 31 mars 2014. Kommunen har angett att något beslut om att förlänga avtalet inte har fattats av kommunen och att uppgiften på hemsidan är felaktig. Bolaget har inte kommenterat de uppgifter kommunen lämnat i frågan.

Kommunens inbjudan till tänkbara leverantörer att ansöka om att få lämna anbud i den aktuella upphandlingen var daterad den 30 april 2014. I inbju-

dan angavs att en potentiell anbudsgivare som ”idag” har kommunen som avtalspart skulle ange kommunen som referens. Med hänsyn till vad som framkommit i frågan kan Bolaget inte anses ha visat att kommunen var avtalskund till Treativ den 30 april 2014 eller vid någon senare tidpunkt som kan tänkas avses med formuleringen ”idag”. Skall-kravet om att ange kommunen som referens träffade således inte Treativ. Någon omständighet som talar för att Treativ borde ha uteslutits ur upphandlingen redan i steg 1 har därmed inte framkommit.

Frågan om arbetsuppgifterna

Bolaget och kommunen är eniga om att kommunens sätt att utvärdera anbudsgivarnas arbetsprov enligt uppgifterna 2 a och 2 b bryter mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och att det därmed finns skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § samma lag. Parterna har emellertid olika uppfattning om vilket ingripande som är motiverat och grunden för detsamma.

I förfrågningsunderlaget anmodas anbudsgivare på följande sätt att lämna två arbetsprov:

Uppdrag 2 a: Copy – Folder med kreativ höjd
Ta fram en folder i valfritt format med kreativ höjd.

Uppdrag 2 b: Folder, enkel, informativ standardiserad
Ta fram en 1-sidig folder i A5.

I Frågor och svar har kommunen preciserat vad som avsetts med en 1-sidig folder: Det vi avser är ett 1-sidigt flygblad i A5-format.

Bolaget har anfört att instruktionerna är att betrakta som skall-krav för hur arbetsproverna ska vara utformade och därmed utgör skall-krav även för anbudens utformning. Kommunen har å sin sida gjort gällande att det inte är fråga om skall-krav som tillhör kvalificeringsfasen, utan att instruktionen tillhör utvärderingsfasen. Kommunen anser dock att instruktionen varit otydlig och därför tolkats på olika sätt av anbudsgivarna. Den omständig-

heten att övriga anbudsgivares arbetsprover enligt 2 a inte var utformade som foldrar och i två fall enligt 2 b inte var 1-sidiga flygblad borde, enligt Kommunens mening, dock ha påverkat utvärderingen i större utsträckning än vad som skett.

Förvaltningsrätten anser att de instruktioner som anges för de båda arbetsuppgifterna är att betrakta som skall-krav, även om ordet ”skall” eller ”ska” inte förekommer. Det får anses ligga i sakens natur att i det fall ett begärt arbetsprov ingår i ett anbud får formkrav på den produkt som uppdraget avser anses vara också ett formkrav på anbudet. Av det sagda följer att Brandworks, Circus, Meckas och Treativs anbud inte uppfyllde de i förfrågningsunderlaget uppställda skall-kraven. Genom att ändå utvärdera deras anbud har Kommunen brutit mot i första hand likabehandlingsprincipen.

Ett skall-krav måste emellertid vara tydligt formulerat för att ett anbud som inte uppfyller kravet ska kunna förkastas utan vidare utvärdering. Begreppet folder får i och för sig anses ha en entydig innebörd som en hopvikt, ohäftad trycksak, vikblad (se Svenska Akademiens ordlista). Förvaltningsrätten anser dock att formuleringen ”folder i valfritt format med kreativ höjd” ger ett intryck av att anbudsgivare har stor frihet att utforma trycksaken på ett sätt som ger uttryck för anbudsgivarens kompetens och kreativitet och som inte direkt begränsas av begreppet folder. För en sådan bedömning talar också den omständigheten att fyra av fem berörda anbudsgivare, som samtliga får antas ha branschvana, har tolkat instruktionen i förfrågningsunderlaget på så sätt att begreppet folder inte satte någon absolut gräns för trycksakens utformning. Det kan också konstateras att någon ytterligare precisering av vilken gränssättning begreppet ”folder” innebar för arbetsuppdraget inte framgår av förfrågningsunderlaget. Sammantaget får skall-kravet beträffande uppdrag 2 a därmed anses ha varit alltför otydligt utformat. Det skulle därför bryta mot den grundläggande principen om

öppenhet eller transparens om Brandworks, Circus, Meckas och Treativs anbud skulle förkastas utan ytterligare utvärdering på den grunden att deras arbetsprov enligt uppdrag 2 a inte utgjordes av foldrar.

På liknande sätt anser förvaltningsrätten att skall-kravet för uppdrag 2 b, ”ett 1 sidigt flygblad i A5-format”, borde ha förtydligats så att det klart framgick att bladet endast fick ha tryck på en sida. Även om den närmast liggande tolkningen av skall-kravet är att flygbladet endast får ha *en* tryckt sida kan kravet i en ett allmänspråkligt sammanhang uppfattas som att det väsentliga kriteriet är att det är fråga om *ett blad* i A5-format. Det förhållandet att två anbudsgivare, som får antas ha branschvana, av fem inte tolkat skall-kravet på avsett sätt talar också för att det inte varit tillräckligt tydligt. Det skulle därför bryta mot den grundläggande principen om öppenhet eller transparens om Brandworks och Treativs anbud förkastas utan vidare utvärdering på den grunden att deras arbetsprov enligt uppdrag 2 b hade tryck på två sidor.

Frågan om skada

Som framgått har kommunen i upphandlingens steg 2 utvärderat anbud som inte uppfyllde de skall-krav som ställts på arbetsprovernas format. Eftersom Bolaget, som följt formkraven i uppdrag 2 a och 2 b, haft mindre utrymme än konkurrenterna att utveckla det efterfrågade budskapet kan det inte uteslutas att Bolaget haft sämre möjligheter att utveckla konkurrenskraftiga arbetsprov. Genom att kommunen brutit mot den grundläggande principen om likabehandling får Bolaget, vars arbetsprov utvärderats med jämförelsevis låga kvalitetspoäng, anses ha lidit skada.

Frågan om lämpligt ingripande

Av det ovan sagda framgår att kommunen brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och att Bolaget därigenom har lidit skada. Förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger därmed.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning har bristerna i upphandlingen inte haft någon inverkan på vilka potentiella leverantörer som haft möjlighet till och intresse av att i upphandlingens steg 1 ansöka om att få lämna anbud. Bristerna hänför sig således inte till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Skäl för att upphandlingen ska göras om föreligger därmed inte. Det är därmed tillräckligt med en rättelse.

Enligt förvaltningsrättens mening är det lämpligt och förenligt med de grundläggande principerna i LOU att rättelse görs på så sätt att steg 2 i upphandlingen görs om.

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

Peter Kockum

Rådman

Föredragande jurist i målet har varit Per Olofsson.



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.