



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LULEÅ**

Enhet 1

**DOM**  
2016-06-08  
Meddelad i  
Luleå

Mål nr  
723-16

**SÖKANDE**

Maria Fäldt m.u.f. Millimeter Projekt & Design, 720808-8901  
Batterigatan 10  
941 47 Piteå

**MOTPART**

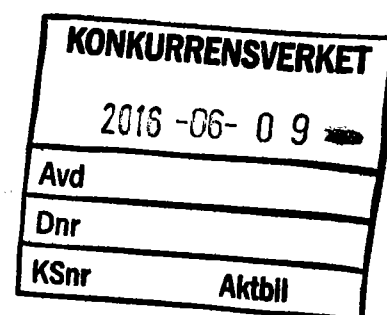
Norrbottens läns landsting, 232100-0230  
971 89 Luleå

**SAKEN**

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



Dok.Id 76166

**Postadress**  
Box 849  
971 26 Luleå

**Besöksadress**  
Skeppsbrogatan 43

**Telefon**  
0920-29 54 90  
**E-post:** [forvaltningsrattenilulea@dom.se](mailto:forvaltningsrattenilulea@dom.se)  
[www.domstol.se/forvaltningsratt](http://www.domstol.se/forvaltningsratt)

**Telefax**  
0920-22 04 59

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

## BAKGRUND

Norrbottnens läns landsting (landstinget) har, genom förenklat förfarande, genomfört en upphandling avseende ramavtal för fotografijänster. Av de administrativa föreskrifterna i förfrågningsunderlaget framgår att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt kommer att antas.

Enligt tilldelningsbeslut den 29 mars 2016 blev Photo by Maria antagen avseende den del i upphandlingen som rör reklamfotograf i Norrbottens län.

## PARTERNAS INSTÄLLNING

### **Vad Millimeter Projekt & Design framför**

Millimeter Projekt & Design (företaget) yrkar i första hand att upphandlingen görs om och i andra hand att det ska ske en rättelse. Företaget framför att upphandlingen brister på två områden.

### *Hantering av "frågor och svar"*

I de administrativa föreskrifterna anges att eventuella förtydliganden och kompletteringar publiceras på webbsidan för aktuell upphandling. Från företagets sida förväntar man sig att landstinget följer den arbetsgång som de själva presenterat. I annat fall bör annan information lämnas till anbudsgivarna.

Den fråga som företaget ställde den 24 februari 2016 i Amesto besvarades via mejl direkt till företaget. Därefter bad man från företagets sida att det skulle ske ett officiellt förtydligande så att alla skulle få ta del av den ursprungliga frågan, men detta nekades. Frågan gällde arbetstid, resetid, bilerättningar m.m. vilket är högst väsentlig information för att samtliga anbudsgivare ska kunna ge ett relevant pris.

Eftersom frågor från företaget inte besvarades offentligt i Amesto finns en betydande risk för att prissättningen hos de olika anbudsgivarna skett utifrån olika antaganden. Detta särskilt i ett uppdrag som gäller hela Norrbotten med långa avstånd och potentiellt behov av många, långa resor samt ett flertal hotellövernattningar.

Olika tolkningar av svaren kan komma att påverka anbudsgivarnas timpriser markant. Priset är ett av två bedömningskriterier och viktas till 50 procent.

Företaget anser att de svar som landstinget har gett har varit svåra att förstå samt presenterats under många olika frågor samtidigt som svaren delvis är motsägelsefulla. I fråga 1 anges exempelvis att ingen reseersättning ska utgå inom det geografiska område man har upphandlats för. I fråga 2 ändras detta till att reseersättning ska utgå för reklamfotografer. I fråga 3 ges inget svar på frågan, däremot korrigeras fråga 1 och 2 till att omfatta även reportage/porträttfotograf inom Piteå/Luleå/Boden-området. I fråga 4.3 anges vad som är fakturerbar tid. I fråga 8 ändras definitionen fakturerbar tid. Vidare slänger landstinget plötsligt in resor och traktamente i fråga 10.

Det verkar som att en stor del av förvirringen beror på att landstinget vill behandla konsulter som anställda trots att det inte föreligger något anställningsförhållande. De hänvisar till allmänna bestämmelser för ett kollektivavtal mellan fack och arbetsgivare. Detta framgår i formuleringen av vissa svar.

Landstinget tänker sig att betala reseersättning, kilometersersättning och traktamenten på samma sätt som till anställda. Även restiden hanteras på samma sätt som för anställda och där är "ordinarie arbetstid" en viktig del. Det finns dock inte någon definition av "ordinarie arbetstid" som avser konsulter.

Av det mejlsvar som företaget fått på den fråga som landstinget inte velat svara på offentligt ges följande beskrivning. ”För att förenkla kan du tänka dig att förmånerna och villkoren för reseersättning och arbetstid (inkl. res-tid) är lika som för en anställd direkt under NLL. Arbetsplatsen är landstinget för alla tjänster i upphandlingen förutom området Kiruna och Gällivare”.

Detta svar visar att anbudsgivarna ska se vissa delar av ersättningen som om vi vore landstingsanställda, men detta har alltså inte offentliggjorts via Amesto så att alla anbudsgivare känner till det. Som egen företagare kan man inte förväntas ha koll på landstingets anställningsförhållanden. Det är högst osäkert om vi ska fakturera eller lämna in en timrapport/reseräkning som en löntagare. Därför måste informationen vara extra tydlig och frågorna måste tas på allvar.

Det är inte bara företaget som har haft svårt att förstå informationen – till stöd för detta inges ett yttrande av Viveka Österman som också deltagit i upphandlingen.

Landstinget hävdar att det är företagets fråga den 24 februari 2016 kl. 20.07 som medfört att de lagt ut mer information via ”frågor och svar”, men svaret lades ut samma datum kl. 07.47, vilket är innan företaget ställde sin fråga. Därför är det fortfarande relevant att besvara frågan.

Vidare hävdar landstinget att de återkopplat på de synpunkter som företaget framfört via mejl den 23 februari 2016, vilket inte stämmer.

#### *Otydligt underlag*

Enligt förfrågningsunderlaget ska det ”tydligt framgå vad kampanjernas syfte och budskap var samt vilket sammanhang bilderna har använts”. Före-

taget har lämnat in en beskrivning som är tillräckligt tydlig men som landstingets utvärderare anser vara bristande.

I kompletterande mejl efter tilldelningsbeskedet kommer plötsligt mer detaljerade frågor som lämpligen borde ha varit en del av underlaget.

En normal beställning av reklamfotografi för fotografer i Norrbotten är ytterst sällan så specifik och genomtänkt som man kan önska. Under de tre år företaget har haft ramavtalet på reklamfotografi för landstinget har de aldrig fått någon så pass detaljerad beställning av ett uppdrag.

Det är svårt att förstå hur detaljerad beskrivning som landstinget vill ha. De är också svårt att ge en beskrivning av något som inte existerar. Om inte kunden har ett tydligt budskap går det inte att konstruera ett. Det hade varit rimligt med en tydligare specifikation av bedömningskriterierna i upphandlingsunderlaget. Det är värt att notera att det av åtta anbudsgivare bara är två som har gått vidare till utvärdering. Hela fem av de sex som bedömts inte uppfylla ska-kraven missade på just arbetsproverna.

Företaget har gett likvärdig information om kampanj ett och två men bedömdes inte klara ska-kravet. Landstinget anser att företagets anbud brustit i tydlighet och dessa brister anges enbart gälla kampanj två.

I mejl ges exempel på ett antal frågor som ska besvaras. Detta är frågor som hade passat att presentera i förfrågningsunderlaget och inte i efterhand. Det framstår som underligt att den ena beskrivningen är godkänd, men inte den andra.

*Risken för skada*

Om företagets tolkning är annorlunda än de övriga anbudsgivarna riskerar företaget att sätta ett pris som gör att man förlorar upphandlingen och därmed missar ett uppdrag som kan omfatta upp till 300 000 kronor per år enligt landstingets egen uppskattning. Detta motsvarar 1 200 000 kronor beräknat på den maximala avtalstiden.

**Vad landstinget framför**

Landstinget motsätter sig bifall till ansökan och framför följande.

Företaget har inte konkretiserat och styrkt att de har lidit eller kan komma att lida skada på grund av påstådda överträdelser. Landstinget har, vare sig i hanteringen av upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget, brutit mot LOU, de grundläggande EU-rättsliga principerna eller mot upphandlingsdirektivet.

Företaget menar att landstinget på ett felaktigt sätt har hanterat ”frågor och svar” samt att förfrågningsunderlaget är otydligt avseende det obligatoriska krav som avser arbetsprover. Företaget har lämnat anbud på området reklamfotograf och anbudet förkastades då lämnade arbetsprover inte uppfyllde ställda krav.

*Hantering av ”frågor och svar”*

I 15 kap. 10 § LOU (som motsvarar 8 kap. 9 § LOU) stadgas en skyldighet för den upphandlande myndigheten att lämna ut kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget i de fall anbudsgivaren begär att få dem i god tid före anbudstidens utgång. Det står inte något i lagstiftningen om hur en sådan upplysning ska lämnas till anbudsgivaren.

Under upphandlingen har landstinget fått ett antal frågor som rör ersättningsar för resor samt för restid (se fråga/svar 1-4 samt 8). Det stämmer att företaget inkom med frågeställningar den 24 februari 2016 gällande detta.

Landstinget la därför ut mer information via ”frågor och svar” (se fråga/svar 10). I övrigt menar landstinget att svar på frågan finns i tidigare publicerade svar.

Den 23 februari 2016 skickade företaget ett mejl med synpunkter på restid och andra omkostnader i samband med uppdraget. För att undvika förvirring valde landstinget att återkoppla via mejl. Som framgår finns det inte någon skyldighet för den upphandlande myndigheten att tillhandahålla kompletterande upplysningar av förfrågningsunderlaget på ett visst sätt. Att skicka ett mejl med sådana upplysningar bryter alltså inte mot lagen.

Landstinget har tillhandahållit kompletterande upplysningar på det sätt som lagen kräver. Med bakgrund av det, samt det som redogjorts ovan, kan det konstateras att landstinget inte har brutit mot LOU vid hanteringen av ”frågor och svar”.

Företaget har inte konkretiserat och styrkt hur det lidit eller riskerat att lida skada av den påstådda felaktigheten och det finns därför inte någon anledning att pröva om landstinget har brutit mot LOU.

#### *Otydligt underlag*

Krav 4.8.2 för reklamfotografering är utformat enligt följande.

”Anbudsgivaren **ska** skicka bilder från två separata kampanjer, med tre bilder från varje kampanj. Det **ska** tydligt framgå vad kampanjernas syfte och budskap var samt vilket sammanhang bilderna använts.”

Enligt praxis ska ”tydligt” i sammanhanget läsas ”tillräckligt tydligt”. Det ankommer sedan på landstinget att bedöma om företaget uppfyller kravet på tillräcklig tydlighet vad avser kampanjernas syfte och budskap samt sammanhang. Landstinget har bedömt att företaget inte uppfyller detta krav och företagets anbud har därför rätteligen förkastats.

Att inte förkasta företagets anbud trots att det inte uppfyller samtliga obligatoriska krav skulle strida mot likabehandlingsprincipen. Mot denna bakgrund kan det konstateras att landstinget inte har brutit mot LOU i hantering av företagets anbud kopplat till kravet i 4.8.2.

Företaget har inte heller här konkretiserat och styrkt hur det lidit eller riskerat att lida skada av den påstådda felaktigheten och det finns därför inte någon anledning att pröva om landstinget har brutit mot LOU.

#### **SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska domstolen enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller rättas.

För att förvaltningsrätten ska fatta beslut om åtgärd enligt LOU krävs således dels att fel förekommit i upphandlingen, dels att felet varit till men för den sökande.



Av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2009 ref. 69 framgår att som huvudprincip i mål om offentlig upphandling bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter denne grundar sin talan på. Förvaltningsrätten är således bunden av de omständigheter sökanden har lagt till grund för sin talan.

### **Fråga om landstingets hantering av ”frågor och svar”**

Företaget anser att landstinget felaktigen har besvarat frågor från företaget via mejl istället för att frågan och svaret offentliggjordes för alla anbudsgivare via Amesto i ”frågor och svar”.

Förvaltningsrätten konstaterar att landstinget, utöver vad som framgår av förfrågningsunderlaget, har besvarat ett flertal frågor om bl.a. reseersättning, innefattande ersättning för resa med egen bil och ersättning för tidspillan, via ”frågor och svar”. Sammantaget har landstinget därigenom på ett tillräckligt tydligt sätt klargjort hur man avser att ersätta anbudsgivarna i dessa delar.

Såsom landstinget har påpekat finns det inte något krav som gäller hur anbudsgivarnas frågor ska besvaras – dock får inte grundläggande principer trädas för när. Förvaltningsrätten kan inte, av de omständigheter företaget har framfört och de handlingar de ingett, se att så skulle vara fallet.

### **Fråga om otydligt ska-krav avseende arbetsprover**

Företagets anbud förkastades med anledning av att ett av de uppställda ska-kraven inte bedömdes vara uppfyllt. Företaget har framfört att kravet är otydligt på ett sådant sätt att landstinget har brutit mot LOU och dess grundläggande principer.

Enligt de administrativa föreskrifterna 4.8.2 – För reklamfotografering, anges det aktuella kravet på följande sätt.

”Anbudsgivaren ska skicka in bilder från två separata kampanjer, med tre bilder från varje kampanj. Det ska tydligt framgå vad kampanjernas syfte och budskap var samt vilket sammanhang bilderna har använts.”

Av den utvärdering som landstinget har gjort framgår att man från landstinget har bedömt att de av företaget inskickade arbetsproverna hade otydligt budskap, syfte och sammanhang.

I senare mejlväxling med företaget har landstinget ytterligare motiverat bedömningen och har då framfört att kampanjen för Pite Havsbad Group saknar budskap annat än att det rör en rekryteringskampanj samt att landstinget därför inte kunnat bedöma om bildens uttryck stämmer överens med det budskap som kunden vill förmedla. Att viss motivering skett i efterhand via mejl innebär inte ett brott mot LOU.

Det aktuella ska-kravet är enligt förvaltningsrättens mening tillräckligt tydligt utformat. Att ett flertal anbudsgivare som ingivit arbetsprover brustit gällande syfte, budskap och sammanhang skulle i sig kunna vara en indikation på att det funnits svårigheter för anbudsgivarna att förstå vad landstinget efterfrågat.

Enligt förvaltningsrätten är detta ändå inte tillräckligt för att ett tydligt formulerat ska-krav ska anses så bristfälligt att det måste betraktas som ett fel i upphandlingen.

Vid bedömningen av om kampanjernas syfte och budskap framgår tillräckligt tydligt är det den upphandlande myndigheten som har att göra den bedömningen.

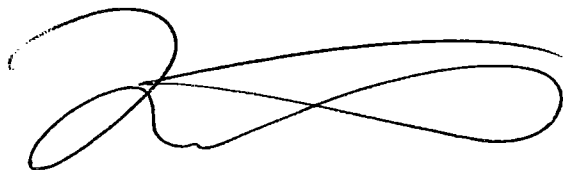
Förvaltningsrätten anser att den bedömning som landstinget har gjort då företaget har uteslutits från att gå vidare till utvärderingsfasen inte strider mot LOU eller någon av dess grundläggande principer.

Företaget har genom vad de anfört och de handlingar de ingett de ingett inte gjort sannolikt att det finns något skäl för ingripande enligt LOU på de grunder som har åberopats.

Ansökan om överprövning ska därför avslås.

### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i formulär DV 3109/1 C LOU (se bilaga 1).



Jonas Hägerlind

Linda Olofsson har föredragit målet.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

**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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.