



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I MALMÖ**  
Avdelning 1  
Anna Aktermo

**DOM**  
**2012 -11- 2 2**  
Meddelad i  
Malmö

Mål nr  
9552-12 E

**SÖKANDE**

First Flight Communication Agency AB, 556684-1424  
Stora Varvsgatan 6 A  
211 19 Malmö

Ombud 1: Advokat Jonas Blomquist  
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB  
Box 226  
201 22 Malmö

Ombud 2: Miriam Laksman  
Wistrand Advokatbyrå Malmö AB  
Hyllie Stationstorg 21  
215 32 Malmö

**MOTPART**

Malmö stad  
205 80 Malmö

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår First Flight Communication AB:s yrkande om ingripande enligt LOU.

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2012 -11- 2 3	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

### BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Malmö stad genomför en upphandling av strategiska kommunikations-tjänster med ett selektivt förfarande. I anbudsansökningsinbjudan anges att fem anbudssökande kommer att bjudas in till anbudsgivning. Av meddelande till First Flight Communication den 4 september 2012 framgår att Malmö stad beslutat att First Flight Communication inte är en av de anbudsgivare som kommer att bjudas in att lämna anbud i upphandlingen, utan att Malmö stad beslutat att gå vidare med andra leverantörer.

**First Flight Communication** (First Flight) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att urvalet i upphandlingen ska göras om, och i andra hand att hela upphandlingen ska göras om. Som grund för detta anför bolaget bl.a. följande. Av förfrågningsunderlaget (anbudsansökningsinbjudan) framgår att ett urval kommer att ske bland samtliga anbudssökanden som uppfyller de uppställda obligatoriska kraven. Urvalet sker genom prövning av anbudssökandenas kapacitet- och resurser, rådgivning och utvärdering samt referensuppdrag. Detta konkretiseras i punkterna 3.5 – 3.13 där anbudssökande får lämna svar på ett antal frågor. Vidare anges att svaren bedöms och poängsätts och att anbudssökandena kan få 10, 6, 4 eller 1 poäng. Vad som krävs för att uppnå de olika poängnivåerna framgår inte. Underlaget lämnar stort utrymme för godtyckliga bedömningar. Anbudssökandena har inte haft någon möjlighet att avgöra att de olika frågorna under punkten 3.5 skulle tillmätas olika betydelse och har inte heller kunnat förutse hur anbudsansökningarna skulle bedömas, något som även gäller punkterna 3.6 – 3-13. Malmö stad har inte heller angivit vilken relativ betydelse utvärderingskriterierna har i förhållande till varandra, d.v.s. hur dessa skulle komma att viktas, vilket står i direkt strid med 12 kap. 2 § LOU.

Av Malmö stads yttrande framgår att vad som gett bolaget poäng endast varit de fritextavsnitt som följer i avsnitten ”Kapacitet och resurser”,

”Rådgivning och utvärdering” samt ”Referensuppdrag”. Fritextsvaren på fyra frågor har varit de som poängstyrt urvalet. Sökanden påbjuds att kortfattat redogöra för dess kapacitet och resurser, dess erfarenhet av arbete med varumärkesstrategier för offentliga organisationer, ett uppdrag som utförs för en offentlig organisation samt tre referensuppdrag. Det är bra att de kriterier som medgett poäng nu förtydligas av Malmö stad. Samtidigt kan konstateras att detta inte klart framgick av förfrågningsunderlaget som sökanden haft att utgå ifrån. Förvisso anges att de tre avsnitten ”Kapacitet och resurser”, ”Rådgivning och utvärdering” samt ”Referensuppdrag” är kriterier vilka sökandens ansökan kommer att utvärderas ifrån, men rimligen skulle t.ex. fler än de fyra fritextsvaren vara inkluderade i dessa avsnitt. Förutom att det i förfrågningsunderlaget varit otydligt vilka kriterier som gett poäng är kriterierna som anges grovhugget beskrivna och möjliggör en stor differentiering i hur de ska tolkas. Exempelvis anges inte vad som avses med en ”kortfattad” beskrivning.

En allvarlig brist är dessutom att det inte någonstans framgår hur sökanden ska svara för att det ska ge mervärde. Förfrågningsunderlaget borde ha innehållit en beskrivning av vad sökandens redogörelser skulle innehålla för att sökanden skulle erhålla högsta/lägsta poäng eller vilken kapacitet, resurser och referenser som premieras mot andra. Vilka kriterier som utvärderingen baseras på är således helt godtyckliga, och i vart fall inte synbara (transparenta) för sökanden. En upphandlande myndighet måste noggrant precisera krav och villkor som ställs på leverantörerna och förutsättningarna för att en upphandlande myndighet ska få begränsa antalet anbudsgivare är att den upphandlande myndigheten tydligt angett vilka objektiva kriterier som ska tillämpas vid begränsningen. Inget utrymme ska lämnas för subjektivitet.

Dessutom finns fritextsvar som verkar ha utgjort en del av utvärderingen, trots att Malmö stad har uppgivit att dessa delar inte utgjort en del av ut-

värderingen. First Flight har i meddelande avseende anbudsinvjudan erhållit kommentarer på punkterna 3.7 och 3.12. Även om några poäng de facto inte utdelats, är det tydligt att punkterna faktiskt utgjort utvärderingskriterium och att utvärderingen av dessa skett på godtyckliga grunder. Även detta står i strid med såväl principen om öppenhet som principen om lika-behandling.

Den av Malmö stad använda upphandlingsmetoden har medfört i närmast nog obefintliga bedömningsgrunder, i vart fall tydliga osäkerheter i vad som premieras, och de bedömningsgrunder som eventuellt tillämpats i vart fall inneburit ett oacceptabelt mått av subjektivitet där klara risker funnits att Malmö stad frångått förfrågningsunderlaget och gjort ett urval utifrån andra kriterier och bedömningsgrunder än de däri angivna. EG-domstolen framhöll i Siacmålet (C-19/00) att utvärderingskriterierna ska vara utformade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.

Innehållet i de punkter som presenterats av First Flight torde objektivt och i jämförelse med samtliga lokala aktörer vara imponerande både enskilt och sammantaget. First Flight har dock, trots tyngden i innehållet, inte för något av avsnitten som poängsatts uppnått mer än 4 av 10 poäng. Svaret till varför First Flights svar inte renderat en hög poäng, eller varför bolaget inte gått vidare, går inte att utläsa vare sig i förfrågningsunderlaget eller i Malmö stads yttrande. Orsaken till detta är enkel. Den/de bedömningsgrunder som Malmö stad faktiskt har utgått från har inte tydliggjorts för anbudssökandena.

Malmö stads selektering har medfört att andra anbudssökande bjudits in att lämna anbud medan First Flight inte längre har möjligheten att lämna anbud. I förlängningen medför detta att First Flight inte har möjlighet att leverera tjänster till Malmö stad varför bolaget kommer att lida skada.

**Malmö stad** bestrider bifall till First Flights yrkanden och anför bl.a. följande. Kommunen har utformat och tillämpat anbudsansökningsinbjudan i enlighet med LOU och övrig tillämplig upphandlingslagstiftning. Genom texten i inbjudan anges tydligt samtliga obligatoriska krav, utvärderingskriterier samt bedömningsgrunder som kommunen tillämpat i samband med utvärderingen i urvalet.

Av texten under rubrik 4. i anbudsansökningsinbjudan framgår att en anbudssökande vars ansökan uppfyller samtliga obligatoriska krav, utvärderas vidare avseende de utvärderingskriterier som besvarats. Det framgår även hur varje utvärderingskriterium kommer att poängsättas. Anbudsansökningsinbjudans utvärderingskriterier finns endast angivna under punkt 3.5. Kapacitet och resurser, 3.6. Strategisk rådgivning samt 3.9. Utvärdering och 3.13. Referensuppdrag. Det är beskrivningen i respektive friruta under nämnda rubriker som har bedömts och poängsatts. Utöver poängsättning av nämnda utvärderingskriterier har en helhetsbedömning av respektive inlämnad anbudsansökans svar på ställda frågeställningar genomförts. Den sammanvägda bedömningen av respektive anbudansökan har därefter resulterat i kommunens beslut om vilka fem anbudsgivare som erbjudits att lämna anbud. Urvalet har formaliserats genom en poängsättning för att i största utsträckning vara tydlig och transparent med vilka urvalsregler som gäller. Vidare framgår att även beskrivningar som lämnats i fritextrutor under anbudsansökningsinbjudans avsnitt 3 kan komma att ligga till grund för urval, vilket har skett. Anbudssökandens lämnade beskrivningar under rubrik 3.7. och 3.12. har kommenterats i det meddelande som sökanden erhållit den 4 september 2012 efter att urvalsprocessen avslutats. Vid utvärdering av respektive anbudsansökan har inga jämförelser med andra eller olika inlämnade anbudsansökningar genomförts. Respektive anbudsansökan har utvärderats för sig. Avgörande för poängtilldelningen har varit i vilken utsträckning efterfrågad beskrivning under respek-

framgår endast att urvalskriterierna ska vara objektiva och icke-diskriminerande. I förarbetena till LOU (se prop. 2006/07:128 s. 393) hänvisas till att de grundläggande principerna i gemenskapsrätten som anges i 1 kap. 9 § LOU inte får åsidosättas vid urvalsprocessen (jfr. Kammarrätten i Göteborgs dom den 24 mars 2010 i mål 5650-09).

First Flight gör gällande att upphandlande myndighets valda metod för värdering av anbudsansökningarna i urvalsprocessen inte är transparent och att den lämnar stort utrymme för godtycklighet, och därmed strider mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna som kommer till uttryck i LOU. Därtill gör bolaget gällande att förfarandet strider mot 12 kap. 2 § LOU eftersom upphandlande myndighet inte angett hur kriterierna för urval skulle komma att viktas.

Av nu aktuell anbudsansökningsinbjudan framgår vilka obligatoriska krav som måste uppfyllas av anbudssökandena, och att urvalet bland de anbuds-sökandena som uppfyller dessa kvalificeringskrav kommer att ske genom värdering utifrån följande kriterier:

- Kapacitet och resurser
- Rådgivning och utvärdering
- Referensuppdrag

Av punkterna 3.5 (Kapacitet och resurser), 3.6 och 3.9 (Strategisk rådgivning och Utvärdering) samt 3.13 (Referensuppdrag) i anbudsinbjudan framgår att anbudssökandena där ska lämna vissa kortfattade beskrivningar samt lämna viss övrig information. Av punkten 4.1. framgår att värderingskriterierna kommer att poängsättas på visst angivet sätt och att de fem anbudsansökningarna som erhåller de högsta poängen (totalpoängen för de tre kriterierna) kommer att bjudas in till anbudsgivning. Därtill anges att samtliga punkter under avsnitt 3 dock kan komma att tas i beaktande vid

urvalet. Upphandlande myndighet har även gett viss ledning för hur den kommer att göra poängbedömningen.

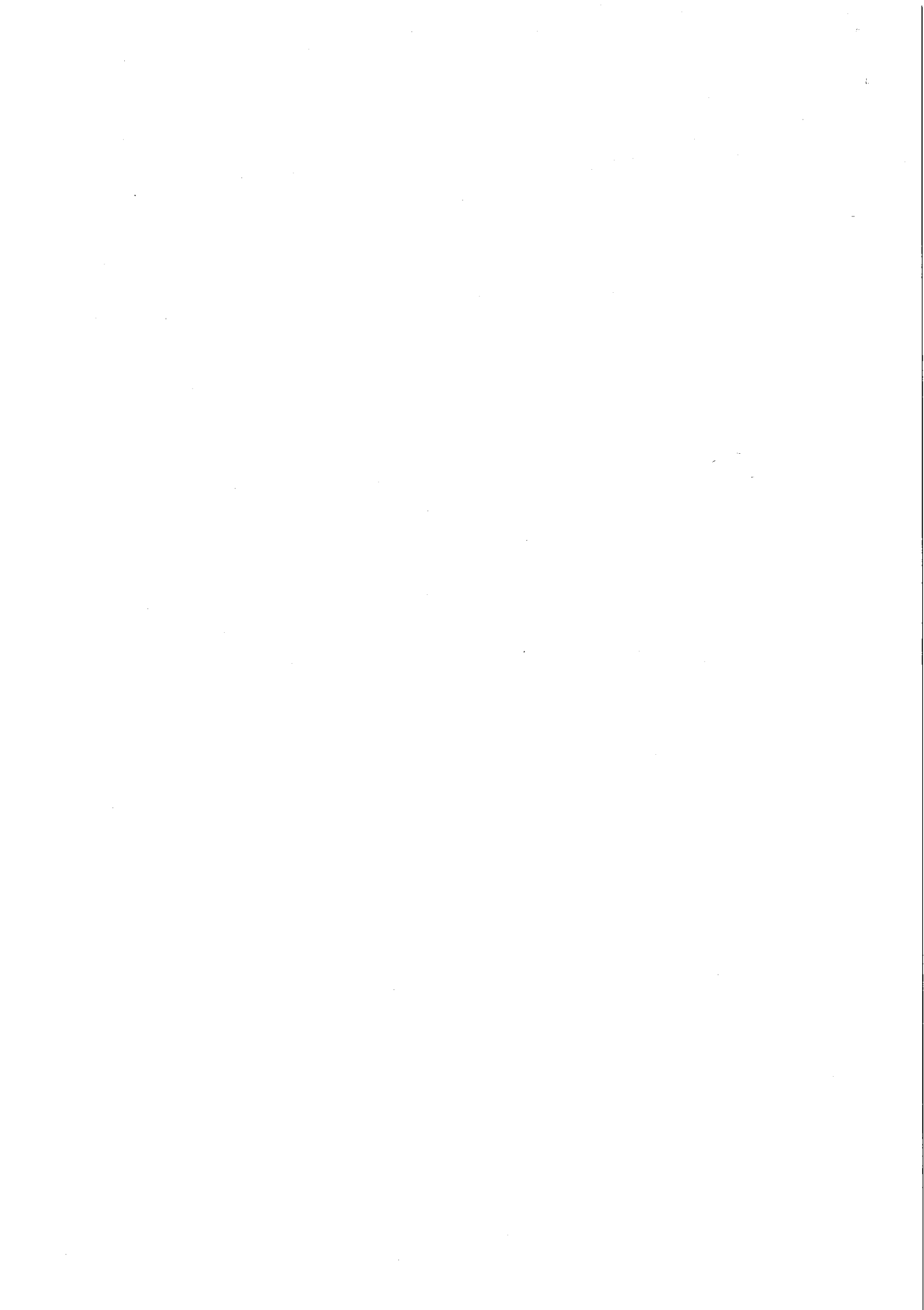
Av anbudsansökningsinbjudan framgår enligt förvaltningsrättens bedömning tillräckligt tydlig hur urvalet ska göras och vad detta ska grundas på för att anbudssökande ska anses ha haft goda möjligheter att lämna konkurrenskraftiga anbudsansökningar. Såvitt framgår av handlingarna i målet har upphandlande myndighet gjort sitt urval utifrån en värdering av de kvalificerade anbudsansökningarna utifrån angivna kriterier på det sätt som framgår av anbudsansökningsinbjudan. Det har inte framkommit att upphandlande myndighet baserat sina bedömningar av anbudsansökningarna på annat än sakliga grunder. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att varken den i anbudsansökningsinbjudan presenterade metoden för urval, eller den faktiska tillämpningen av densamma, kan anses strida mot principen om transparens (öppenhet och förutsebarhet) eller någon annan grundläggande princip. De uppställda bedömningskriterierna får vidare anses vara objektivt motiverade och inte diskriminerande. Förvaltningsrätten konstaterar slutligen att bestämmelsen i 12 kap. 2 § LOU om viktning inte är tillämplig vid urvalsdelen av upphandlingen vid ett selektivt förfarande, eftersom det avser kriterier för tilldelning av kontrakt, vilket det alltså inte är fråga om i nu aktuellt skede av upphandlingen.

Vad First Flight anfört utgör alltså enligt förvaltningsrättens bedömning inte skäl för ingripande enligt LOU.

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



Eskil Hinn







# 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1B LOU

