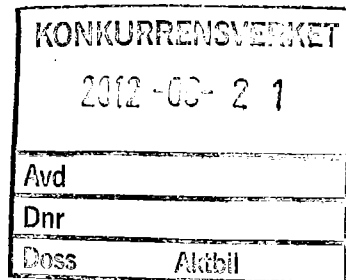




KLAGANDE

Grayling & Citigate Norden AB, 556636-3122
Vasagatan 36
411 37 Göteborg

Ombud: Advokat Rikard Setterlid
Setterlid & Eliasson Advokatbyrå HB
Drottninggatan 69
411 07 Göteborg



MOTPART

Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 21 maj 2012 i mål nr 5214-12,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och beslutar att upphandlingen ska rättas på så sätt att Grayling & Citigate Norden AB:s anbud ska utvärderas.

YRKANDEN M.M.

Grayling & Citigate Norden AB (Grayling) yrkar att upphandlingen ska göras om och anför följande. Förvaltningsrätten har i den överklagade domen fastlagt att Västra Götalandsregionens (VGR) beslut att utesluta bolagets anbud från deltagande i upphandlingen är felaktigt. Förvaltningsrätten har dock felaktigt lagt en uteslutande hypotetisk utvärdering, upprättad i

efterhand, till grund för sin bedömning i skadefrågan. Detta har skett trots att skadebedömningen i realiteten inte kan genomföras annat än genom att gå igenom det fullständiga anbuds materialet. Anbudspriset är beräknat på ett fiktivt uppdrag och är inte avsett att läggas till grund för ett avtal om köp av de aktuella tjänsterna. Anbudspriset syftar i stället till att sortera ut de anbudsgivare som ska tilldelas icke förbindande och icke rangordnade ramavtal där VGR inför varje faktiskt avrop ska genomföra en förnyad konkurrensutsättning av utvalda leverantörer. VGR kan inte med fog uttala sig om hur en riktig utvärdering av Graylings anbud skulle ha utfallit.

Det finns ingenting som säger att VGR, om Graylings anbud hade utvärderats, skulle ha antagit just åtta anbud. VGR har vare sig i förfrågningsunderlaget eller i annonsen angett något om hur många anbud som ska antas. Det finns alltså inte något som motsäger att en riktig utvärdering av samtliga anbud inklusive Graylings hade resulterat i att fler än åtta leverantörer hade tilldelats kontrakt.

Vidare är det högst sannolikt att Graylings anbud, vid en korrekt utvärdering, skulle ha tilldelats full poäng under varje kriterium. Det finns även skäl att anta att flera av de åtta antagna leverantörerna rätteligen skulle ha tilldelats lägre poäng än de fått och att Graylings anbud i förhållande till dessa därför skulle ha varit mer konkurrenskraftigt.

För bifall till Graylings talan krävs inte att bolaget styrker att det gått miste om kontraktet till följd av att VGR inte har utvärderat bolagets anbud. Det är tillräckligt att bolaget kan visa att VGR:s handlande menligt påverkat bolagets möjligheter att få sitt anbud korrekt prövat och utvärderat och därigenom berövats möjligheten att delta i konkurrensen med övriga anbudsgivare.

VGR anser att överklagandet ska avslås och anför följande. VGR har haft fog för sitt beslut att utesluta Graylings anbud från utvärderingen och beslu-

tet har varken stått i strid med 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU. Beslutet har inte heller medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada.

Av punkten 5.5 i anbudsinvjudan framgår att inkomna anbud ska utvärderas utifrån anbudssvaren, anbudsinvjudan och kravspecifikationen samt enligt aktuell pris- och utvärderingsmodell. Det framgår vidare att de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden kommer att antas. Enligt prismodellen ska anbudsgivarna ange pris för angiven enhet utifrån en av VGR uppställd fiktiv volym per år. Enligt den tillämpade utvärderingsmodellen har anbudspriset eventuellt efter prispåslag, som en följd av utvärderingen av kriteriet kvalitet, resulterat i ett jämförelsetal. Detta tal ligger sedan till grund för bedömningen av vilka anbud som är de ekonomiskt mest fördelaktiga.

Av punkten 3.6 i kravspecifikationen framgår vidare att de angivna anbudspriserna är av betydelse för såväl bedömningen av vilka anbudsgivare som lämnat de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden och för att slå fast det högsta pris som anbudsgivarna tillåts ange i sitt anbud vid en förnyad konkurrensutsättning. Det angivna anbudspriset avser alltså inte det fiktiva uppdrag som legat till grund för utvärdering av kriteriet funktion i punkten 3.13.5 i kravspecifikationen.

När en upphandlande myndighet ingår ramavtal med flera leverantörer ska avtal ingås med minst tre leverantörer. Det finns däremot ingen bestämmelse i LOU som anger hur många leverantörer som en upphandlande myndighet ska teckna ramavtal med, utan antalet måste rimligtvis bestämmas utifrån en bedömning av om inkomna anbud kan anses tillgodose myndighetens behov. Mot den bakgrunden är det svårt för den upphandlande myndigheten att på förhand ange exakt hur många anbudsgivare myndigheten avser ingå ramavtal med. VGR har utifrån sina definierade behov bedömt att erforderlig kompetens och konkurrens kunnat uppnås genom att teckna ramavtal med de åtta leverantörer som lämnat de ekonomiskt mest fördel-

aktiga anbuden. Eftersom Graylings anbudspris var högre än de åtta utvalda leverantörernas utvärderingspriser, skulle Graylings anbud om det hade utvärderats, ändå inte ha antagits som ett av de åtta ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden. Det finns därför inte någon anledning att närmare utreda bolagets faktiska förutsättningar att tilldelas full poäng avseende varje kriterium. Bolaget kan därmed inte heller anses ha lidit eller riskerat att lida skada till följd av att dess anbud inte utvärderats.

SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Uppfyller Graylings anbud det innehållsmässiga skall-kravet i den fiktiva planen?

Kammarrätten anser i likhet med förvaltningsrätten att Graylings anbud uppfyller skall-kravet och att bolagets anbud därför borde ha utvärderats samt att VGR genom att inte göra det har brutit mot de grundläggande principerna i LOU.

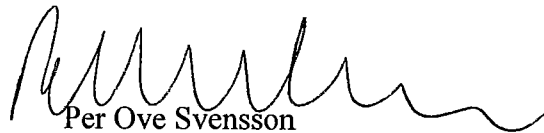
Är skaderekvisitet uppfyllt?

VGR har i förfrågningsunderlaget angett att de ekonomiskt mest fördelaktiga anbudena kommer att antas. Det framgår däremot inte hur många leverantörer myndigheten har avsikt att ingå ramavtal med. Myndigheten har, efter att ha utvärderat de anbud som gått vidare till utvärderingsfasen, kommit fram till att åtta leverantörer kan tillgodose myndighetens behov av de aktuella tjänsterna. Antalet leverantörer som antagits har därmed bestämts utifrån de utvärderade anbudens innehåll.

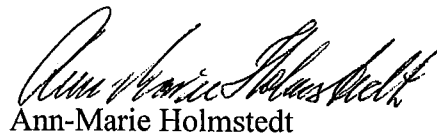
Utvärderingens utfall har gjorts beroende av samtliga anbuds innehåll och Graylings anbud har inte utvärderats. Någon säker slutsats kan därför inte dras om hur utvärderingen hade utfallit om Graylings anbud ingått i den utvärderade gruppen. Inte heller går det att uttala sig om hur många leverantörer VGR då skulle ha bedömt uppfylla myndighetens behov. Mot den bakgrunden får Graylings anses ha visat att bolaget i vart fall riskerat att lida

skada till följd av att VGR inte utvärderat bolagets anbud. Det finns därför skäl till ingripande enligt LOU, som lämpligen bör ske genom en ny utvärdering i vilken Graylings anbud tas med.

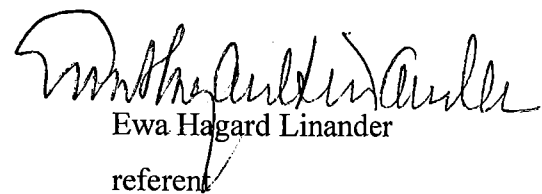
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



Per Ove Svensson



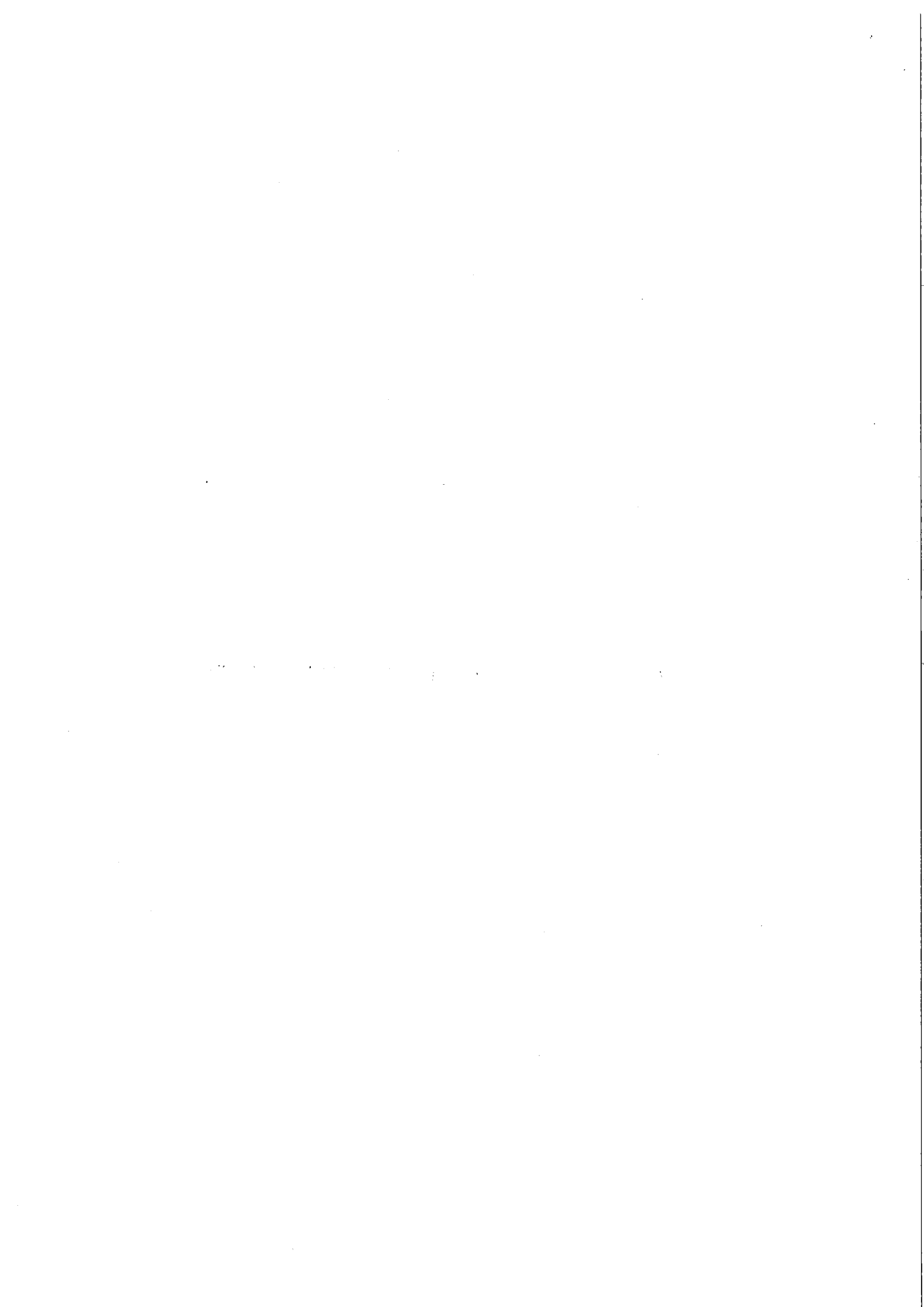
Ann-Marie Holmstedt



Ewa Hagard Linander
referent



Charlotte Ljung
/Charlotte Ljung





**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2012-05-21
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
5214-12, 5183-12 E
Enhet 2:6

SÖKANDE

1. Grayling & Citigate Norden AB, 556636-3122
Vasagatan 36
411 37 Göteborg

Ombud för 1: Advokat Rikard Setterlid
Setterlid & Eliasson Advokatbyrå HB
Drottninggatan 69
411 07 Göteborg

2. Savannen Reklam AB
Strandgatan 28
461 30 Trollhättan

MOTPART

Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökningarna.

BAKGRUND

Västra Götalands läns landsting (VGR) inbjöd den 12 januari 2012 till anbudsgivning avseende "Strategiska kommunikationstjänster samt grafisk formgivning och produktion" SN 471-2011 (Upphandlingen) Av anbuds-
inbjudan framgår att ramavtal skulle tecknas med flera leverantörer i syfte att fastställa villkor för avrop som görs under avtalsperioden. Enligt punkten 5.5 i anbudsinbjudan ska anbudsprövningen genomföras i olika steg. Först bedömer VGR om kraven på anbudsgivaren uppfylls och därefter prövar de om kraven på anbudet och efterfrågade tjänster är uppfyllda. Inkomna anbud där anbudsgivaren kvalificerat sig och uppfyller samtliga krav går därefter vidare till utvärdering. Av tilldelningsbeslutet framgår att Grayling & Citigate Norden AB (Grayling) och Savannen Reklam AB (Savannen) uteslutits då de inte uppfyllt skallkraven på anbudet respektive anbudsgivaren.

ANSÖKNINGARNA M.M.

Grayling

Grayling yrkar att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande. En central del i anbudet och utvärderingsprocessen är det fiktiva uppdrag för vilket anbudsgivaren ska lämna en plan för lansering av en spa-anläggning. Av tilldelningsbeslutet, som bedöms brista i transparens, framgår att man inte går vidare i utvärderingen då bolaget, enligt VGR, inte har beskrivit i planen hur de ska hantera risker. Bolaget har dock identifierat följande risker samt angett hur dessa ska hanteras genom kommunikation "Det offentliga konkurrerar med privata aktörer", "Sjukvårdspengar till tångbad; Bilden av spa som njutning och lyx, "Bevis för att det verkligen är vård (forskningsbelägg)", "Ekonomiskt högriskprojekt", "ryk-
tesspridning – 'om det är en massa sjuka som är där är det nog rena smittohärden, du vet bakterier trivs i varma fuktiga miljöer". VGRs beslut att

utesluta deras anbud från utvärderingens steg två saknar således fog och är redan på den grunden felaktigt. VGR har i förfrågningsunderlaget infogat omfattande föreskrifter om på vilka grunder en anbudsgivare kan uteslutas från deltagande i upphandlingen och på vilka grunder ett anbud kan uteslutas i utvärderingen. Föreskrifterna måste anses uttömmande redovisade. Ingen av dem omfattar emellertid den punkt i förfrågningsunderlaget som VGR nu påstår att de inte behandlat i tillräcklig omfattning i sitt anbud. En värdering av deras anbud skulle från formella utgångspunkter, på sin höjd ha kunnat föranleda VGR att åsätta deras anbud en lägre poäng inom ramen för den angivna poängskalan 0-3 poäng. Tillvägagångssätt innebär att VGR tillämpat andra grunder för uteslutning än de som framgår av deras eget förfrågningsunderlag, vilket utgör ett allvarligt fel. VGR har inte dokumenterat hur bedömningen vilken föranledde uteslutningen gått till vilket innebär ett åsidosättande av LOU:s dokumentationskrav. Dessa fel innebär att utvärderingen av deras anbud skett i strid mot grundläggande upphandlingsrättsliga principer i 1 kap. 9 § LOU, särskilt kravet på likvärdig behandling och principen om icke-diskriminering. De har till följd av de begångna felen gått miste om möjligheterna att vinna kontraktet. Denna förlust innebär direkt skada för bolaget. VGR har anfört att de inte lider skada av påvisade fel och grundar detta på en fingerad utvärdering av deras anbud i efterhand. Om VGR nu i efterhand skulle tillåtas göra en fingerad utvärdering av deras anbud, innebär det i praktiken att de förlorar sin möjlighet att tillgripa de rättsmedel som följer av direktiv och LOU. En fingerad utvärdering sker på hypotetiska grunder bl.a. genom att VGR axiomatiskt utgått från att just åtta anbud skulle komma att antas. Det finns ingen uppgift som anger någon begränsning av antalet anbud. Vid den tidigare upphandlingen som avbröts antogs nio anbudsgivare. VGR kan inte med fog uttala sig om hur en verklig utvärdering av deras anbud slutat.

VGR

Enligt p.3.13.5 i kravspecifikationen framgår att anbudsgivaren genom ett fiktivt uppdrag ska presentera en plan för lansering av en hälsofrämjande spaanläggning. Följande framgår avseende uppdraget.

Byrån har i uppdrag att presentera en plan för lansering av den nya anläggningen, såväl internt som externt. Planen ska presenteras i wordformat. 4 A-4 sidor får disponeras fritt, dock får max 9 000 tecken utan blanksteg användas.

- Ange för omvärlden och den egna organisationen varför denna satsning är lönsam, kopplat till hälsovinster.
- Vilka nyhetsmässiga vinklar finns i denna historia och hur kan de tillvaratas?
- Beskriv hur vi bygger anläggningens varumärke och sammankopplar det med västra regionens eget varumärke "en hälsofrämjande organisation"
- Ange vilka risker som finns i lanseringen och hur hanterar vi dem?
- Presentera en översiktlig kampanj för att driva efterfrågan på den nya anläggningen, både internt och externt.

Metod för utvärdering och uppföljning ska redovisas liksom hur kraven på tillgänglighet för alla tillgodoses. Planen ska lämnas in elektroniskt. Den fiktiva budgeten för uppdraget är 1 mnkr.

Det framgår således tydligt av kravspecifikationen vad den plan som ska bifogas anbudet ska innehålla. Bedömningen är att Grayling i sitt anbud visserligen identifierat de risker som finns i lanseringen men att de inte angett hur dessa risker ska hanteras.

Utifrån en bedömning av de inkomna anbuden har VGR bedömt att erforderlig kompetens och konkurrens kunnat uppnås genom att avtal tecknats med de åtta leverantörer som lämnat de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden. Om Grayling hade utvärderats skulle bolaget ändå inte tilldelats upphandlingskontrakt eftersom bolagets anbudspris varit alltför högt (13 409 500 kr) Inte ens om Graylings anbud erhållit maxpoäng avseende samtliga utvärderingskriterier (och således inte erhållit prispådrag) skulle anbudet antagits som ett av de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden. Därtill kommer att det finns anledning att anta att Grayling inte skulle erhålla maxpoäng och därmed sannolikt fått en än mindre fördelaktig placering i rangordningen för det fall deras anbud faktiskt utvärderats. Ingen av de övriga leverantörerna har erhållit maxpoäng vid utvärderingen. För det fall rätten finner att tilldelningsbeslutet har språkliga brister som skulle inne-

bära att VGR brutit mot de grundläggande principerna i LOU kan dessa brister svårligen medfört att Grayling lidit eller kan komma att lida skada.

Savannen

Savannen ansöker om överprövning och anför bl.a. följande. Förfrågningsunderlaget har inte varit tillräckligt klart och tydligt vad avser om det var bolaget själv eller VGR som skulle tillhandahålla kreditupplysning från Upplysningscentralen. Punkten fanns inte med i innehållsförteckningen vilken den gjorde i den första upphandlingen. Det känns inte bra att ha blivit bortvalda på grund av en sådan otydlighet. Deras bolag är litet och består av fyra anställda. De har lagt ned månader i mantimmar på upphandlingen. Av ansvarig upphandlare fick de informationen att VGR hade möjlighet enligt LOU att inhämta kreditupplysning i efterhand men att de hade valt att inte göra det. Med andra ord fanns möjligheten att begära in dokumentet i efterhand men VGR hade ingen lust att göra det.

VGR

VGR bestrider Savannens ansökan och anför bl.a. följande. Som Savannens ansökan om överprövning får förstås anser bolaget att förfrågningsunderlaget inte tydligt angett huruvida det varit ett obligatoriskt krav för leverantören att till anbudet bifoga en kreditupplysning från ett kreditupplysningsföretag. Av p.3 i anbudsinbjudan framgår vilka obligatoriska krav avseende anbudsgivarens finansiella och ekonomiska ställning som ska vara uppfyllda avseende anbudsgivarens finansiella och ekonomiska ställning. Av punkten 3.2 *Anbudsgivarens finansiella och ekonomiska ställning* framgår bl.a. följande.

Anbudsgivaren ska ha en stabil ekonomi. Anbudsgivaren ska visa detta genom att bifoga kreditupplysning från Upplysningscentralen(UC AB) eller annat kreditupplysningsföretag. Kreditupplysningen får inte vara äldre än en månad.

I direkt anslutning till det uppställda kravet i förfrågningsunderlaget begärs att anbudsgivaren i sitt anbud besvarar frågan huruvida 3.2 är uppfyllt. Ge-

nom att kryssa i den för ändamålet avsedda rutan i anbudet har Savannen intygat att kravet enligt 3.2 är uppfyllt. Någon kreditupplysning har dock inte bifogats anbudet. Ingen av de anbudsgivare som underlåtit att inkomma med kreditupplysning har kvalificerats för fortsatt utvärdering. Samtliga anbudsgivare har således behandlats lika.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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).

Förvaltningsrättens bedömning

Savannen

Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt att kravet som ställs i punkten 3.2 *Anbudsgivarens finansiella och ekonomiska ställning* är ett skallkrav. Att punkten inte fanns med i innehållsförteckningen föranleder ingen annan bedömning. Det finns heller ingen skyldighet för VGR att i efterhand begära in handlingarna. VGR har således inte handlat i strid mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU när man uteslutit Savannen. Bolagets ansökan ska således inte bifallas.

Grayling

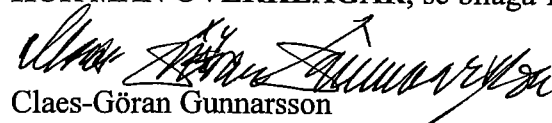
Grayling anser dels att de uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget och dels att de innehållsmässiga kraven på den fiktiva planen inte utgör skallkrav. Vidare menar bolaget att förfrågningsunderlaget brister i transparens då det inte framkommit några bedömningsgrunder vad avser bolagets utslutning.

Det är ostridigt att bifogandet av den fiktiva planen utgör ett skallkrav. Det är också förvaltningsrättens bedömning att det i formuleringen av aktuellt krav framgår att den fiktiva planen ska ha en viss utformning och ett visst innehåll. Kravet torde inte kunna missuppfattas på så sätt att bifogandet av en plan, oavsett innehåll, skulle innebära att kravet uppfylls. Bedömningen är således inte att förfrågningsunderlaget i detta fall är otydligt och därigenom strider mot de grundläggande principerna i LOU. Frågan är därvid om Grayling uppfyllt det innehållsmässiga kravet "*Ange vilka risker som finns i lanseringen och hur de ska hanteras*". Grayling har i ansökan om överprövning visat på vilket sätt risker identifierats i den fiktiva planen samt hur riskerna ska hanteras med kommunikation. VGR har inte angett någon omständighet som visar att hanteringskravet inte uppfyllts. Härvid bör det dock tilläggas att avsaknad av bedömningsgrunder avseende utslutningen i tilldelningsbeslutet inte utgör ett sådant fel som bör föranleda beslut om rättelse eller att upphandlingen ska göras om. Bedömningen är således, såsom anförts ovan, att Grayling uppfyllt i målet aktuellt krav. Skäl finns därmed att av denna anledning besluta om rättelse.

En ytterligare förutsättning för ingripande är dock att överträdelsen av LOU medfört att Grayling lidit skada eller kan komma att lida skada. Av utvärderingen framgår att VGR antagit åtta leverantörer. Den "sist" antagna leverantören hade ett utvärderingspris på 13 031 500 kr. Graylings pris på 13 409 500 kr skulle vid en utvärdering som bäst ha kunnat ge en tiondeplats. Bolaget hade således inte, vid en utvärdering, haft någon möj-

lighet att hamna bland de åtta ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden. Det har heller inte framkommit något som tyder på att antalet antagna anbudsgivare skulle öka med ytterligare minst två om Grayling skulle ha deltagit vid utvärderingen. Bedömningen är således att Grayling inte visat att de lidit skada av den felaktiga uteslutningen. Deras ansökan om överprövning ska därför avslås.

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


Claes-Göran Gunnarsson

Rådman

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

