



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2010-09-02
Meddelad i Linköping

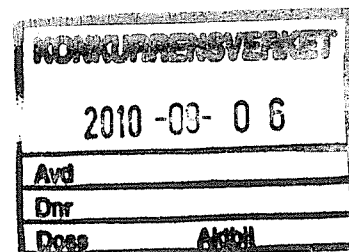
Mål nr
5436-10
Rotel 6

SÖKANDE

Industri Annonssbyrå AB, 556562-1041
Järnvägsgatan 1
582 22 Linköping

MOTPART

Linköpings kommun
581 81 Linköping



SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Ansökan avslås.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 15 juni 2010 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 18776

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 10 00
E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Linköpings kommun (kommunen) genomför en offentlig upphandling avseende Marknadskommunikativa tjänster (UH-09-70). Vid upphandlingen tillämpas öppet förfarande. De ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden ska antas.

Den 9 juni 2010 lämnade kommunen underrättelse om att den antagit andra leverantörer än Industri Annonsbyrå AB (bolaget). Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen görs om. I andra hand yrkas att bolagets anbud ska utvärderas. Till stöd för talan anförs bl.a. följande. I upphandlingen ställdes krav om att anbudsgivarna skulle lämna två typer av referenser. Den första typen avsåg två referenser/kontakter avseende anbudsgivarnas tidigare genomförda tjänster åt kommunal verksamhet eller verksamhet av kommunal eller offentlig karaktär. Den andra typen avsåg två referenser med arbetsprover för bedömning av anbudsgivarens kompetens och kunnande. Arbetsproverna behövde inte avse uppdrag för vilka lämnats referenser av första typen och endast en av referenserna med arbetsprover behövde avse kommunal, offentlig eller liknande verksamhet. Bolaget lämnade in tre referenser, varav två avsåg uppdrag av kommunal karaktär och en avsåg uppdrag av annan karaktär. Kommunen valde att inte pröva bolaget som anbudsgivare, eftersom det ansågs att bolaget inte lämnat två referenser avseende kommunal eller likande verksamhet. Kommunen har därmed brutit i upphandlingsförfarandet. Upphandlingen innehåller dessutom följande brister. Det digitala underlag som utgjorde grunden för anbudsunderlaget fungerade inte, vilket medförde att det inte kunde fyllas i enlighet med de uppställda kraven. Detta medförde att det förelåg risk för otydlighet i upphandlingen. Bolaget har lämnat in relevanta referenser och kontakter i enlighet med önskemål. Trots detta har bolagets anbud inte klarat kvalificeringsfasen. I den infor-

mation som delgavs bolaget efter det att kommunen gjort sin bedömning bifogades ingen information om hur man ansöker om överprövning.

Kommunen bestrider bolagets yrkanden och anför i huvudsak följande. Kommunen blev under anbudstiden varse att anbudsformulärets ifyllnadsrutor till viss del inte gick att fylla i digitalt. Med anledning härav lades ett nytt anbudsformulär ut den 28 april 2010, tillsammans med förfrågningsunderlaget. Samtidigt förlängdes anbudstiden till den 6 maj 2010. I samband härmed lämnades även information i dokumentet ”Frågor och svar” med innebörden att det även var möjligt att fylla i det ursprungliga anbudsformuläret för hand eller att hänvisa till bilagor. Bolaget har inte fyllt i anbudsformuläret för hand och har lämnat tvetydig information i bilaga 3, vilket föranledde kommunen att begära förtydligande. Någon risk för otydlighet i upphandlingen förelåg därmed inte. – Kommunen har förkastat bolagets anbud på grund av att det inte uppfyller kvalificeringskravet om två referensuppdrag gällande marknadskommunikation för offentlig eller liknande verksamhet. Bolaget har inte fyllt i avsedda rutor i anbudsformuläret, utan har istället hänvisat till separat bilaga. I bolagets bilaga 3 anges kontaktuppgifter till tre uppdragsgivare samt en hänvisning till arbetsprovbeskrivning för samtliga tre referenter. Det framgår inte huruvida dessa referenser avser kvalificeringsfasen och/eller arbetsproverna i utvärderingsfasen. Kommunen har med anledning härav, i e-postmeddelande den 10 maj 2010, medgivit bolaget att lämna förtydligande om hur angivna referensuppgifter ska behandlas. Av det svar som lämnats framgår att referenserna IFS och Linköpings Flygplats ska gälla för såväl referenstagningen i kvalificeringsfasen som i utvärderingsfasen. Därmed har den tredje referensen utgått. Kommunen har mot bakgrund av det anförda ansett att bolagets anbud inte uppfyller kvalificeringskraven avseende yrkeskunskande. För det fall förvaltningsrätten gör bedömningen att NuLink skulle ha beaktats vid referenstagningen, har bolaget ändå lämnat endast en referens från offentlig eller liknande verksamhet. Detta på grund av att Linköpings Flygplats är ett privatägt och kommersiellt bolag som inte kan anses vara

av offentlig eller likande karaktär. Bolagets anbud skulle därför likväl ha förkastats.

Förvaltningsrätten har den 15 juni 2010 beslutat att kommunen inte får avsluta upphandlingen innan rätten beslutar något annat.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Parternas argumentation

Bolaget har i genmäle anfört bl.a. följande. Kommunen vitsordar att det funnits brister i det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Även i det underlag som skickades ut efter det att bristerna påtalats för kommunen fanns tekniska problem som omöjliggjorde en korrekt ifyllnad. Det är korrekt att kommunen därefter tillät alternativa sätt att lämna information, vilket i sig har bidragit till den otydlighet som uppstått. – Det är även korrekt att kommunen ombett bolaget att förtydliga de delar av anbudet som avsåg referenser och/eller arbetsprover. Det föreligger dock otydlighet beträffande innebörden av begreppen. Det är t.ex. så att även arbetsprover ska innehålla referenser. Det var uppenbart att de två referenser som efterfrågades av kommunen skulle avse kommunal eller liknande verksamhet. Bolaget lämnade därför in två sådana referenser. Bolaget tolkade därför kommunens senare begäran om förtydligande som att den avsåg de arbetsprover inklusive referenser som skulle prövas i utvärderingsfasen. Bolaget har självklart inte tagit bort referenser av kommunal karaktär. Det har däremot varit viktigt för bolaget att klargöra att de två arbetsprover som skulle tas upp till prövning var IFS och Linköpings Flygplats, varför referensuppgifter och information om dessa båda meddelades kommunen. – Linköpings Flygplats är definitivt att betrakta som verksamhet av kommunalt liknande karaktär. Det är svårt att finna exempel på ett bolag som har fler relationer

med och är beroende av kommunen på alla nivåer. Kommunens påverkan avgör dessutom hela verksamhetens utbyggnad och framtid.

Kommunen genmäler bl.a. följande. Det fanns inga brister i det underlag som lades ut på nytt den 28 april 2010. Det förhållande att övriga nio anbudsgivare har fyllt i anbudsformulärets samtliga ifyllnadsrutor korrekt ger stöd åt kommunens inställning. Någon risk för otydlighet förelåg inte. Det ska även understrykas att det aldrig gjordes någon innehållsmässig förändring av anbudsformuläret eller i någon annan del av upphandlingsunderlaget. Det fanns inte heller någon risk för otydlighet beträffande bolagets förtydligande efter kommunens begäran. Bolaget har tydligt besvarat ställd fråga med vilka referenser som ska beaktas vid de två olika faserna av referenstagning. Slutligen har kommunen i dokumentet "Frågor och svar" angivit att med uppdrag från offentlig eller liknande verksamhet avses uppdrag för icke-kommersiell eller allmännyttig verksamhet såsom uppdrag för ideell förening, organisationer, public service eller liknande.

Lagtext m.m.

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, 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.

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. – En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontrakt som kommer att tillämpas.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU anges att 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av anbudsformuläret punkten 3.3 – *Krav på yrkeskunnande* framgår i huvudsak följande. Vid bedömningen av anbudsgivarens förmåga att fullgöra beställda tjänster enligt avtal kommer särskild vikt fästas vid yrkeskunnande, erfarenhet och tillförlitlighet vid utformandet av uppdraget. Anbudsgivaren ska som bevis ange två i korthet beskrivna referensuppdrag gällande marknadskommunikation för offentlig eller liknande verksamhet, samt referenternas kontaktuppgifter. Referensuppdragen får vara desamma som de som angivits som arbetsprover.

I punkten 3 *Frågor och svar* definieras uppdrag för offentlig eller liknande verksamhet som uppdrag för icke-kommersiell/allmännyttig verksamhet såsom uppdrag för ideell förening, organisationer, public service eller liknande.

I e-postmeddelande den 10 maj 2010 från Sandra Bergström, upphandlare och affärsjurist vid kommunen, och Per Severinsson, Industri Annonssbyrå AB, anges följande.

Ni har inkommit med anbud i upphandling av marknadskommunikativa tjänster för Linköpings kommun.

Ni har i anbudsformuläret ombetts inlämna referenser, dels avseende yrkeskunnande, dels avseende arbetsprover. Ni har i ert anbudsformulär besvarat referensuppgifterna avseende Yrkeskunnande med texten ”Se bilaga 3”. För referenserna avseende arbetsprover står ingenting alls i avsedda rutor. Jag kan dock utläsa av bilaga 3 att tre referenser (NuLink, Linköpings Flygplats samt IFS) lämnats för arbetsproverna. Min fråga är nu vilka två som ska bedömas av juryn samt vilka två referenser som ska kontaktas med frågor avseende yrkeskunnande.

Tacksam för snabb återkoppling då kvalificeringen av ert anbud inte kan fortlöpa förrän detta är fastställt.

I e-postmeddelande samma dag från Per Severinsson till Sandra Bergström anges följande.

Var vänlig och kontakta Birgitta Söderström – IFS samt Jonas Hurtig - Linköpings Flygplats för referens samt använd dessa som bedömning av juryn.

Förvaltningsrättens bedömning.

För all offentlig upphandling gäller att vissa grundläggande EG-rättsliga principer måste iakttas. Det gäller särskilt principerna om fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer av dessa, t.ex. likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och transparens.

Bolaget har som grund för sin talan anfört att det förelegat tekniska brister i anbudsunderlaget, som gett upphov till otydlighet i upphandlingen, samt att kommunen förkastat bolagets anbud på felaktiga grunder, genom att inte godta en av bolagets referenser.

Kommunen har vitsordat att det förelegat tekniska brister i det ursprungliga anbudsformuläret, men att bristerna åtgärdades genom att ett nytt anbudsformulär lades ut tillsammans med förfrågningsunderlaget. Anbudstiden förlängdes och samtliga anbudsgivare informerades om förändringarna.

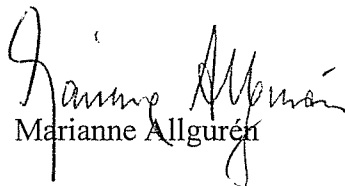
Förvaltningsrätten finner inte att kommunens förfarande i denna del strider mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna om transparens och likabehandling.

Kommunen har vidare genmält att bolagets anbud inte uppfyller kvalificeringskraven, eftersom i vart fall en av bolagets angivna referenser beträffande yrkeskunnande inte kan anses avse offentlig eller liknande verksamhet. Det framgick inte av bolagets anbud vilka referenser som skulle gälla för referenstagningen beträffande yrkeskunnande. Kommunen begärde därför förtydligande från bolaget i e-postmeddelande den 10 maj 2010. Av bolagets svar framgår att det är referenserna IFS och Linköpings Flygplats som ska kontaktas och bedömas av juryn. Förvaltningsrätten gör ingen annan bedömning än kommunen beträffande karaktären av bolagets upp-

drag för IFS. Det kan således inte anses vara fråga om ett uppdrag för offentlig eller liknande verksamhet i den mening som avses i upphandlingsföreskrifternas *Frågor och svar*. Kommunen har därmed haft fog för att förkasta bolagets anbud på angiven grund.

Bolaget har således inte visat att upphandlingen varit behäftad med sådana brister att den strider mot LOU eller gemenskapsrättsliga principer. Förutsättningar för åtgärd med stöd av 16 kap. 2 § LOU föreligger därför inte. Ansökan ska därmed avslås.

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


Marianne Allguren

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarie Henrik Lindblom.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 offentlig part 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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.