

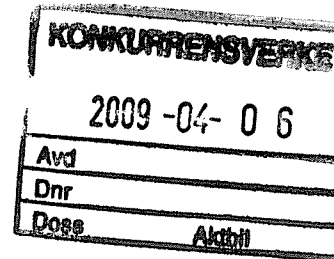


SÖKANDE

Markör Marknad & Kommunikation AB, 556671-1650
Box 396
701 47 Örebro

MOTPART

Vägverket
781 87 Borlänge



ÖVERKLAGAT BESLUT

Vägverkets upphandling av ramavtal för marknadsundersökningar, diarie-
nummer TR40A 2008.12105

SAKEN

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

YRKANDEN M.M.

Vägverket genomförde en upphandling av "Marknadsundersökningar och utvärderingar" (dnr TR 40A 2008:12105). Vägverkets upphandling omfattade ramavtal för konsulttjänster inom "Kvalitativa marknadsundersökningar", "Kvantitativa marknadsundersökningar" samt "Utvärderingar". Tilldelningsbeslut i upphandlingen meddelades den 3 december 2008.

Markör Marknad & Kommunikation (Markör) begär överprövning av Vägverkets upphandling och yrkar att upphandlingen ska göras om. Vidare yrkar Markör att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Till stöd för sin talan anför Markör i huvudsak följande. Den av Vägverket använda utvärderingsmodellen lever inte upp till kravet på transparens, vilket är en mycket viktig princip enligt LOU. Vid utvärderingen anges att komplexiteten ska värderas högre än antalet referensobjekt. Markörs uppfattning är att utvärderingen inte utförts enligt dessa principer. Det framstår istället som om det lönat sig att lämna många uppdrag till antalet istället för komplexa uppdrag, vilket framgår av ett plottdiagram över utvärderingens resultat. Vidare menar Markör att Vägverket ej likabe-

Dok.Id 58784

Postadress
Box 45
791 21 Falun

Besöksadress
Kullen 4

Telefon
023-484 00
E-post: lansrattenidalarna@dom.se

Telefax
023-484 80

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-12:00
13:00-16:00

handlat offerterna. Markörs referensförteckning, som omfattar drygt 400 uppdrag, har helt exkluderats ur utvärderingen, medan andra anbudsgivares referensförteckning ingår i utvärderingen. Att referensförteckningen ska ingå i utvärderingen framgår av punkt KS 226 i Vägverkets kravspecifikation. Förfrågningsunderlaget daterat den 11 augusti 2008 samt kravspecifikationen daterad den 30 juni 2008 stipulerar att utvärderingen kommer att ske baserad på lämnade referensuppdrag, referensförteckning samt konsulternas CV. Av upphandlingsrapporten och dess bilagor som bifogats tilldelningsrapporten framgår dock att beslutet avseende Markör enbart baserats på de referenser som beskrivits i begäran om förtydligande daterat den 3 oktober 2008 och att övriga referenser lämnats helt utan avseende. Det innebär att Vägverket frångått den bedömningsgrund som angivits i anbudsunderlaget. Vägverket har därigenom grovt åsidosatt den utvärderingsgrund som finns beskriven i förutsättningarna för ramavtalsupphandlingen, samt att Markör av det skälet inte fått en rättvis bedömning. Utöver detta menar Markör att möjligheten till att ge anbud på lika villkor också är otydlig eftersom det inte är känt för alla vilka förtydliganden som begärts vid de olika tillfällena.

Vägverket bestrider i yttrande att det föreligger skäl för att bifalla Markörs yrkande om att upphandlingen ska göras om i dess helhet. Vägverket finner dock att det föreligger skäl att rätta upphandlingen på så sätt att utvärderingen av metodområde "Utvärderingar" ska göras om. Vägverket yrkar även att länsrätten interimistiska beslut ska upphävas. Grunden för Vägverkets bestridande är att Markör beträffande metodområdena "Kvalitativa marknadsundersökningar" respektive "Kvantitativa marknadsundersökningar" inte lidit skada på det sätt som förutsätts för att åtgärder enligt LOU ska kunna beslutas och att inte heller den valda utvärderingsmodellen kan sägas ha sådana brister att den inte uppfyller kravet på transparens och likabehandling. Vad beträffar metodområde "Utvärderingar" ska den minst ingripande åtgärden enligt LOU tillgripas varför rättelse på det sätt att ut-

värderingen i den delen görs om är tillräckligt. Då utvärdering av respektive metodområde påbörjades konstaterades att ett antal leverantörer, däribland Markör, hade lämnat en referenslista av vilken det dock inte gick att göra någon bedömning då uppgift om undersökningstyp saknades. Följden blev att Vägverket begärde ett förtydligande från samtliga de leverantörer som lämnat referenser men där det inte gick att uttyda vilken undersökningstyp som avsågs. Förtydligandet skedde med iakttagande av såväl principerna om transparens och likabehandling och har skett inom ramen för de förtydliganden som kan ske enligt LOU. Förtydligandet har således inte inneburit ett frångående av förfrågningsunderlaget. Det svar Markör inkom med refererade till större delen till tidigare referensförteckning som bifogats. Vägverket kunde därför endast göra en bedömning utifrån de uppdrag där Markör lämnat kompletterande uppgifter. Vägverket anser att det av det kompletterande förfrågningsunderlaget klart framgår vilka uppgifter som behövde preciseras. Det förhållande att Markör endast valt att göra preciseringar utifrån att antal referensuppdrag och inte samtliga är ett ställningstagande som Markör gjort. Sammanfattningsvis anser Vägverket att Markör inte lidit eller kan komma att lida skada beträffande två av tre angivna metodområden. Vad beträffar det tredje metodområdet "Utvärderingar" kan Vägverket konstatera att utvärderingen inte skett utifrån de kriterier som angetts under bedömningsgrunden för nivå 2 och 3 under punkten 1 i anbudsformuläret. Det som skett är att Vägverket av förbiseende inte läst in komplexiteten utan endast antalet referensuppdrag i nivå 2 och 3. Vägverket anser därför att upphandlingen i denna del ska rättas på det sätt att utvärderingen ska göras om utifrån uppställda utvärderingskriterier.

Markör har i yttrande den 6 januari 2009 tillagt bl.a. följande. Markör bestrider samtliga punkter i Vägverkets yttrande. Markör menar att Vägverket ej tagit hänsyn till de cirka 400 uppdrag som lämnats i Markörs referensförteckning och att anbudet därmed inte har likabehandlats. Markör

menar att det tydligt framgår i förfrågningsunderlaget att bedömningen ska ske av lämnade referensuppdrag samt sammanställd referensförteckning. Markör menar också att det inte någonstans finns nämnt att endast uppdrag som beskrivs i förtydligandet kommer att ligga till grund för den slutliga anbudsutvärderingen och att den beskrivning som anger vad som kommer att ligga till grund för värderingen inte någonstans uppges ha förändrats. Det är sålunda inget skallkrav att meritförteckningen ska innefatta denna information för att ingå i utvärderingen. Markör har i sitt anbud prioriterat skallkraven och utgått ifrån att det är vad som krävs för att anbuderna ska likabehandlas med övriga anbudslämnare. Förutom bristen på likabehandling ifrågasätter Markör transparensen i upphandlingen. Markör anser att det inte med tydlighet gått att utläsa hur anbuderna kommer att utvärderas och att Vägverket frångått den modell som angivits i förfrågningsunderlaget. Markör hävdar att den utvärderingsmodell som angivits i förfrågningsunderlaget inte tillämpats i bedömningarna för något av de tre metodområdena genom att komplexiteten inte vägt tyngre än antalet uppdrag. Markör menar att de lidit skada genom att om meritförteckningen ingått i utvärderingen så hade det förändrat deras placering till det bättre. Markör menar vidare att deras placering inom området "Kvantitativa marknadsundersökningar" direkt påverkats av att meritförteckningar inte tagits med i utvärderingen. Markör menar även att det inte går att utesluta att Markör även erhållit ramavtal för "Kvalitativa marknadsundersökningar" om meritförteckningarna ingått i utvärderingen. Markör menar sammanfattningsvis att Vägverket i motsats till vad verket själv angett, låtit antalet uppdrag spela den avgörande rollen i det procentavdrag som gjorts per metodområde/undersökningstyp. I den bedömningen har Markörs referensförteckning heller inte beaktats. Ett bevis på bristande transparens är det stora antalet förtydliganden som Vägverket ansett sig behöva göra och att förtydliganden sedan inte varit tillräckligt distinkta för att undanröja risken för att de olika anbudsgivarna kan ha uppfattat förutsättningarna på olika sätt, något som i sin tur kan ha påverkat likabehandlingen.

Vägverket har i yttrande den 23 januari 2009 tillagt bl.a. följande. Vägverket vidhåller sin tidigare inställning. Vägverket anser endast att det finns förutsättningar för länsrätten att besluta om rättelse av upphandlingen såvitt avser metodområde "Utvärderingar". Upphandlingen har inte skett i strid med principerna om transparens. Beträffande denna princip kan inte heller det förtydligande som gjorts, och som skett inom ramen för vad som är tillåtet enligt LOU, inneburi ett åsidosättande. Vägverket anser inte att det mot bakgrund av vad som ovan anförts finns förutsättningar att bifalla Markörs yrkandet om att upphandlingen ska göras om i dess helhet.

Markör har i yttrande den 29 januari 2009 avslutningsvis anført bl.a. följande. Den kritik som Markör framført i tidigare inlagor kvarstår. Huvudinvändningen är att Vägverket frångått den utvärderingsmodell som anges i förfrågningsunderlaget. I sitt senaste yttrande tillför Vägverket dessutom nya uppgifter jämfört med förfrågningsunderlaget. Nu består utvärderingsmodellen av två steg. Förutom att det är ett helt nytt inslag i utvärderingsmodellen – och som sannolikt skulle ha påverkat samtliga anbudsgivares anbudsutformning – så menar Markör att detta nya kriterium är oförenligt med ursprungstexten. Vägverkets påstående att Markör inte valt att komplettera efter förtydligandet är inte korrekt. Markör menar att de handlingar som legat till grund för upphandlingen, den mängd frågor som inkommit, de förtydliganden som gjorts samt de yttranden Vägverket inkommit med visar att komplexiteten i upphandlingen varit så stor att kravet på transparens och likabehandling inte kunnat tillgodoses. Markör har i sitt tidigare yttrande visat på hur Markör lidit skada genom det som Markör hävdar felaktiga upphandlingsförfarande.

Vägverket har i yttrande den 2 februari 2009 avslutningsvis anført bl.a. följande. Som framhållits i tidigare yttranden kan inte Markör visa att de lidit skada på sätt som krävs för att åtgärder enligt LOU på talan av Markör

ska kunna beslutas. Markör har i sitt senaste yttrande anfört att Vägverket tillfört nya uppgifter avseende utvärderingsmodell. Vägverket delar inte denna uppfattning. Vad verket gjort är att förklara hur man förfarit vid utvärderingen för att markera att Markör inte kan anses ha lidit skada på grund av avsaknaden av komplexa uppdrag. Markör har i denna del endast hänvisat till andra anbudsgivare något som inte är relevant i en överprövning som sker på talan av Markör.

Länsrätten beslutade den 12 december 2008 att Vägverkets upphandling tills vidare inte fick avslutas.

Kammarrätten i Sundsvall har den 9 januari 2009 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan länsrätten avgjort målet slutligt eller länsrätten, eller högre rätt, beslutat något annat.

DOMSKÄL

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att 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.

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Av 16 kap. 2 § första stycket LOU framgår 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 9 kap 8 § andra stycket LOU framgår att myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

Av rättsfallet RÅ 2002 ref 50 framgår följande. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

Begäran om förtydligande

Vägverket skickade den 3 oktober 2008 ut en begäran om förtydligande av referensuppdrag avseende ”Upphandling av marknadsundersökningar och utvärderingar” till Markör m.fl. Vägverket bad anbudsgivarna att förtydliga de referensuppdrag som specificerats i anbudet på grund av att det inte gick att göra någon bedömning utifrån dessa, då uppgift om undersökningstyp saknades. Begäran gällde uppdrag som specificerats i anbudet och var genomförda av offererade konsulter på nivå 3 och 4 och avsåg marknadsundersökningar och utvärderingar. Förtydliganden begärdes vid olika tillfällen in från totalt 16 av 19 anbudsgivare. Efter denna begäran om förtydligande ansåg Vägverket att samtliga 19 anbudsgivare hade gått vidare till anbudsutvärderingen.

Av Vägverkets förfrågningsunderlag [utvärderingsmodell] framgår bl.a. följande.

Av KS 225 - KS 227 i kravspecifikationen framgår att Vägverkets bedömning görs av antalet uppdrag (relevans och aktualitet) och uppdragens komplexitet inom undersökningstyperna a-e som anges i KS.261. Bedömning sker av lämnade referensuppdrag (dock ej äldre än 3 år) samt sammanställd referensförteckning (dock ej äldre än tre år). Men komplexitet avses påverkan/inverkan av:

1. Lagstiftning
2. Många intressenter med olika påverkan (myndigheter/målgrupper)
3. Presentation av resultat anpassat till olika mottagare
4. Åtgärdsinriktade analyser på taktisk och/eller strategisk nivå
5. Erfarenhet av metodutveckling

Vägverket kommer även att väga in erfarenhet av uppdrag inom transportsektorn, såväl offentlig som privat transportsektor.

Om anbudsgivaren lämnar fler än sex (6) sakområden per metodområde erfordras högst fem (5) referensuppdrag kopplade till offererade sakområden. Dock måste dessa referensuppdrag avse fem (5) olika sakområden.

Av aktuellt förfrågningsunderlag framgår under avsnitt UF.621 hur prövningen och utvärderingen av anbud kommer att ske

Vägverket kommer att anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga och har lägsta jämförelsesumman.

Anbudsutvärderingen kommer att ske i enlighet med Vägverkets utvärderingsmodell, bilaga 2, Anbudsformulär, flik Pris och utvärdering

Följande utvärderingskriterier kommer med angiven viktning att tillmätas betydelse vid utvärderingen.

Kvalitativa undersökningar samt Kvantitativa undersökningar

<u>Kriteriegrupp</u>	<u>Vikt i procent</u>
<u>1. Erfarenhet av uppdrag inom metodområdet</u>	50 %
a. Undersökningstyperna attityd, kunskap och image	(10 %)
b. Undersökningstyperna segmentering och målgruppsanalys	(10 %)
c. Undersökningstyperna resvanor och transportflöden	(10 %)

- d. Undersökningstyperna information och media (10 %)
- e. Undersökningstypen användbarhet (10 %)

Utvärderingar

<u>Kriteriegrupper</u>	<u>vikt i procent</u>
1. Erfarenhet av uppdrag inom Metodområdet	50 %
a. Mål- och effektutvärderingar	(25 %)
b. Processutvärderingar	(25 %)
2. Erfarenhet av liknande uppdrag inom transportsektorn	10 %

Utvärderingskriterierna inom varje metodområde värderas maximalt till 60 % av anbudssumman.

Länsrätten gör följande bedömning.

En upphandling enligt LOU ska kännetecknas av förutsägbarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara tydligt och innehålla samtliga krav som ska vara uppfyllda. Uppställda krav får inte frångås.

Markör har yrkat att upphandlingen ska göras om. Markör har som grund anfört att Vägverket grovt åsidosatt den utvärderingsgrund som finns beskriven i förutsättningarna för ramavtalsupphandlingen. Utifrån detta har Markör inte fått en rättvis bedömning. Markör har heller inte likabehandlats då stora delar av Markörs referensförteckning exkluderats ur utvärderingen.

Likabehandling

Av handlingarna i målet framgår att Vägverket under hösten begärt in ett förtydligande från bl.a. Markör, och från totalt 16 av 19 anbudsgivare. Vägverket önskade att Markör m.fl. skulle förtydliga vilken undersökningstyp respektive lämnat referensuppdrag avsåg för att kunna göra en

korrekt bedömning av anbudets avdrag för erbjudna mervärden. Vägverket har genom sin begäran om förtydligande till anbudsgivare där så krävts på ett öppet och likformigt sätt gett anbudsgivaren möjlighet att komplettera det ingivna anbudet. Av vad som framkommit i målet, vilket inte motsagts av Markör, har Markör endast till viss del valt att förtydliga det ingivna anbudet och i övrigt till stor del referera till den ursprungliga referensförteckningen som bifogats. Markör har anfört att det inte någonstans framgått att endast de uppdrag som förtydligats skulle komma att ligga till grund för den slutliga anbudsutvärderingen. Enligt länsrättens bedömning får det anses framgå av förfrågningsunderlaget, KS. 225 ff, samt av Vägverkets begäran om förtydligande vilken information Vägverket önskade för att kunna göra en korrekt mervärdesbedömning av anbudet och hur denna skulle gå till. Utifrån detta är det upp till varje anbudsgivare att beskriva de erforderade referenserna så tydlig att ett mervärde kan medges. Vägverket har därför, enligt länsrättens bedömning, inte haft en skyldighet att be Markör inkomma med ytterligare ett förtydligande av referensförteckningen utan Markör har själva haft att tillse att det av de inskickade referenserna klart framgår vilken undersökningstyp respektive uppdrag avsett. Vägverket har således inte kunnat göra en annan bedömning av Markörs anbud än den verket nu gjort. Länsrätten anser därför inte att Vägverket kan anses ha brutit mot de grundläggande bestämmelserna i 1 kap 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU på ett sådant sätt att upphandlingen ska göras om på denna grund.

Transparens i utvärderingsmodellen

Anbudsgivaren bör genom ett förfrågningsunderlag få klart för sig hur utvärderingen av anbudet kommer att gå till. Därför krävs ett klart och tydligt förfrågningsunderlag. Detta är en förutsättning för att anbudsgivaren ska kunna lämna ett så lämpligt och ändamålsenligt anbud som möjligt. Ett bristfälligt förfrågningsunderlag strider mot principen om likvärdighet och icke-diskriminerande behandling i 1 kap. 9 § LOU.

Markör har anfört att det utifrån förfrågningsunderlaget inte tydligt gått att utläsa hur anbuden kommer att utvärderas samt att Vägverket i sin utvärdering frångått den modell som angivits i förfrågningsunderlaget. Vägverket har i yttrande under kommuniceringsfasen medgett att det föreligger skäl att rätta upphandlingen på så sätt att utvärderingen av metodområde "Utvärderingar" görs om, men att det i övriga delar, "Kvantitativa undersökningar" och "Kvalitativa undersökningar", inte finns skäl att rätta upphandlingen.

Enligt länsrättens bedömning framgår det av förfrågningsunderlaget, UF.621 Utvärderingskriterier och KS 225 ff Mervärde – erfarenhet av uppdrag inom metodområdet, vilka utvärderingskriterier som ska användas samt på ett acceptabelt sätt hur utvärderingen av anbuden kommer att gå till. Länsrätten anser därför inte att utvärderingsmodellen kan anses ha varit så otydlig att den inte skulle kunna godtas. Länsrätten kan inte finna annat än att Vägverket följt utvärderingsmodellen. Markörs överklagande kan inte bifallas i denna del vad gäller "Kvantitativa undersökningar" och "Kvalitativa undersökningar".

Metodområde "Utvärdering"

Länsrätten kan beträffande metodområdet "Utvärderingar" konstatera att Vägverket medgett att utvärderingen inte skett utifrån de kriterier som angetts under bedömningsgrunden för nivå 2 och 3 under punkten 1 i anbudsformuläret. Av utredningen framgår det att Vägverket av förbiseende inte läst in komplexiteten utan endast antalet referensuppdrag i nivå 2 och 3. Länsrätten anser därför att upphandlingen ska rättas i denna del på det sätt att utvärderingen ska göras om utifrån uppställda utvärderingskriterier då det inte kan uteslutas att Markör lidit skada i förhållande till andra anbudsgivare.

Sammanfattningsvis anser länsrätten inte att Vägverket brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU på ett sådant sätt att det finns anledning för länsrätten att besluta om att upphandlingen ska göras om eller rättas på annat sätt än det Vägverket medgett. Överklagandet kan därför inte bifallas i sin helhet.

DOMSLUT

Länsrätten förordnar att Vägverkets upphandling av "Marknadsundersökningar och utvärderingar" delen "Utvärderingar" får avslutas först sedan rättelse gjorts i enlighet med denna dom.

Länsrätten avslår överklagandet i övrigt

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet av den 12 december 2008.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1c).


Peter Krantz

Föredragande har varit länsrättsnotarien Fredrik Pettersson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens 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 skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

