



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2012-05-16
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
6259-12
Enhet 13

1

SÖKANDE

NASDAQ OMX Stockholm AB, 556383-9058
105 78 Stockholm

MOTPART

Regeringskansliet
Förvaltningsavdelningen
103 33 Stockholm

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2012-05-16	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 230854

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND

Regeringskansliet har genomfört en offentlig upphandling avseende ramavtal för videoproduktion och webbutskändningar. Upphandlingen genomfördes som ett s.k. öppet förfarande enligt 4 kap. LOU. I tilldelningsbeslut meddelat den 15 mars 2012 har Regeringskansliet beslutat att teckna avtal med Creo Media Group AB (Creo Media). I anbudsutvärderingen som bifogades tilldelningsbeslutet anges bl.a. följande. Anbudsgivare Nasdaq OMX Nordic OY (Nasdaq) visar inte i bifogad förteckning av produktionsuppdragen att kravet på minst ett års erfarenhet av att arbeta med produktioner med fjärrstyrda kameror i ett multikamerasystem uppfylls. Anbudet ansågs därmed inte uppfylla kvalificeringsfasen.

YRKANDEN M.M.

Nasdaq yrkar att upphandlingen ska göras om eller i vart fall inte avslutas förrän den rättats. Till stöd för yrkandet anförs bl.a. följande. Kravet 2.2.3 om fjärrstyrda kameror är otydligt utformat. Enligt kravet ska anbudsgivaren ha minst ett års erfarenhet av att arbeta med produktioner med fjärrstyrda kameror i ett multikamerasystem. Detta skulle visas genom att "*bifoga en förteckning med en kort beskrivning över två produktionsuppdrag med fjärrstyrda kameror i ett multikamerasystem. Uppdragens omfattning och uppdragsgivare ska framgå. Uppdragen får inte vara äldre än två år räknat fram till sista dag för lämnandet av anbud*". Nasdaq tolkade det så att bolaget behövde visa två exempel på uppdrag som ej var äldre än två år och som uppvisar minst ett års erfarenhet. Men enligt Regeringskansliets tolkning ska enbart en tydlig datum- och/eller tidsperiodangivelse krävas vilket Nasdaq menar inte tydligt framgår av kravbeskrivningen. Den andra anbudsgivaren, Creo Media, angav inte i sitt anbud att de redovisade uppdragen som utförts var yngre än två år. I svaret till 2.2.3 hänvisades till en webblänk där det framgick att ett av evenemangen ägde rum i september

2010. I Regeringskansliets förfrågningsunderlag angavs explicit att hänsyn inte skulle tas till information på annan plats, t.ex. webbsidor. Med hänsyn till detta kan konstateras att Creo Media inte heller uppfyller kravet. För det fall Regeringskansliet beaktat informationen på webbsidan har Regeringskansliet brutit i upphandlingen till skada för Nasdaq som nu uppfyller det av Regeringskansliet förtydligade kravet.

Nasdaq vill även framföra följande omständigheter till grund för att upphandlingen ska göras om eller i vart fall rättas. Creo Media har i sitt svar till punkterna 2.3.9 och 2.3.10 om arbetsprover explicit redovisat att de frångått det av Regeringskansliet efterfrågade formatet. I punkten 2.2.4 om bemannade kameror har Creo Media inte angett huruvida kamerorna är bemannade eller inte, vilket är en förutsättning för att uppfylla kravet. Trots dessa brister har Regeringskansliet beslutat att Creo Media ska gå vidare till nästa fas till men och skada för Nasdaq.

Regeringskansliet bestrider Nasdaqs yrkanden och anför bl.a. följande. Av kravet 2.2.3 om fjärrstyrda kameror framgår tydligt att anbudsgivaren ska ha minst ett års erfarenhet och att det ska visas genom en förteckning. Nasdaq har lämnat en förteckning av vilken det framgår att det ena uppdraget utfördes den 4 april 2011 och det andra den 31 januari 2012. Då Nasdaqs produktionsuppdrag inte visar på ett års erfarenhet uppfylldes inte kravet i kvalificeringsfasen och anbudet gick inte vidare. Eftersom Nasdaq inte klarade kvalificeringsfasen hade Nasdaq aldrig kunnat vinna upphandlingen. Det medför att Nasdaq varken har lidit eller kunnat komma att lida skada av utgången i upphandlingen. Eftersom skaderekvisitet i 16 kap. 6 § LOU inte är uppfyllt ska någon åtgärd inte vidtas. Med anledning av ovanstående bemöter Regeringskansliet inte de invändningar Nasdaq gjort mot det vinnande anbudet från Creo Media.

Regeringskansliet anför vidare att LOU inte ger anbudsgivarna möjlighet att förtydliga och komplettera sina svar på det sätt som Nasdaq anført i sin begäran om överprövning. Om exempelvis tidsuppgifterna ändrades skulle det innebära att nya sakuppgifter tillfördes upphandlingen. Det skulle innebära en särbehandling som strider mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Nasdaq anför bl.a. följande i sitt yttrande över detta. Det är obegripligt hur Regeringskansliet kan anse att kravet i 2.2.3 är tydligt med hänsyn till att båda anbudsgivarna tolkade och besvarade det olika samt att ingen av anbudsgivarna uppfyllde kravet som Regeringskansliet menade att det skulle förstås. Upphandlingen har ej genomförts enligt gällande lagstiftning eftersom Regeringskansliet fattat beslutet att Creo Media uppfyller kraven i kvalificeringsfasen trots att de på ett flertal punkter uppenbarligen kommer tillkorta vad gäller uppfyllandet av kraven.

Creo Media har beretts tillfälle att yttra sig över Nasdaqs begäran och anför bl.a. följande. Det kan konstateras att Nasdaqs produktionsuppdrag inte visar på ett års erfarenhet och att det därmed inte uppfyller det ställda kravet i kvalificeringsfasen. De uppdrag Creo Media hänvisat till i sitt anbud producerades under perioden januari-mars 2012 och under september 2010. Creo Media har i sitt anbud bekräftat att det aktuella kvalifikationskravet uppfyllts och redovisat uppdragens omfattning och uppdragsgivare. Därmed är kravet som det formulerats i förfrågningsunderlaget uppfyllt. Det format Creo Media använt för vissa arbetsprover har inte påverkat Regeringskansliets möjlighet att bedöma kvaliteten av Creo Medias arbete. Det använda formatet utgör därför inte någon grund för att göra om upphandlingen. I punkt 2.2.4 om bemannade kameror har Creo Media redovisat två uppdrag. Det kan inte råda någon som helst tvekan om att det är fråga om produktioner med bemannade kameror. Det styrks även av att

orden fotografer och steadycamutrustning, som är en typ av utrustning som fotografer bär för att ta stabila sekvenser, använts.

Nasdaq anför bl.a. följande med anledning av Creo Medias yttrande. Nasdaq har levererat produktioner med fjärrstyrda kameror i multikamerasytem till externa kunder, bl.a. Regeringskansliet, under de senaste sju åren. Nasdaq har varit leverantör till Regeringskansliet sedan januari 2005 genom att vinna två offentliga upphandlingar. Nasdaq påpekar att det finns en otydlighet i formuleringen i upphandlingskravet om hur erfarenheten ska redovisas, vilket har lett till att Regeringskansliet har gjort en felaktig prövning. Creo Media synes ha gjort samma tolkning som Nasdaq på så sätt att upphandlingskravet i punkten 2.2.3 om ett års erfarenhet skulle bevisas genom att beskriva uppdrag genom karaktär, omfattning och utförande. Eftersom Creo Medias information stod att finna via en webblänk strider även detta svar uppenbarligen mot upphandlingskravet i punkten 2.2.3. Creo Media medger att det format som bolaget angett i sitt anbud inte är det format som Regeringskansliet valt att kräva i sitt anbud enligt punkterna 2.3.9 och 2.3.10. I upphandlingen ges anbudsgivaren ingen möjlighet att själv ta beslut att frångå vad som efterfrågats. Oavsett om det bristande formatet påverkat Regeringskansliets förmåga att bedöma kvaliteten på arbetet finns det inget annat sätt att bedöma saken än att Creo Media inte uppfyllt kravet i och med att deras leverans är ofullständig. I punkten om bemannade kameror framgår inte explicit att fotograferna bemannat kamerorna istället för att fjärrstyra dem. Steadycamutrustning är en branschterm. Anbudsgivaren kan inte kräva att den upphandlande enheten ska tolka termen som intäkt för att det är en sorts bemanning och det omnämns dessutom i singular medan kravet är att flera av kamerorna är bemannade.

Regeringskansliet har beretts tillfälle att yttra sig över Creo Medias och Nasdaqs yttranden och vidhållit vad som anförts i tidigare yttrande.

DOMSKÄL

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 upphandlande myndighet 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 enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

En grundläggande princip för offentlig upphandling är kravet på transparens som innebär en skyldighet för den upphandlande myndigheten att lämna klar och tydlig information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna. I RÅ 2002 ref. 50 uttalade Högsta förvaltningsdomstolen att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Enligt Högsta förvaltningsdomstolen får dock även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Förvaltningsrätten finner att förfrågningsunderlaget har vissa brister men att de inte är av sådan art eller omfattning att det skulle strida mot de krav som uppställs i LOU. Frågan är då om kraven i förfrågningsunderlaget uppfyllts.

Regeringskansliet anför att eftersom Nasdaq inte uppfyllt kravet i punkt 2.2.3 i kvalificeringsfasen och därmed aldrig kunnat vinna upphandlingen har bolaget heller inte lidit någon skada. Nasdaq hävdar å sin sida att inte heller det vinnande anbudet Creo Media uppfyllt kravet, eftersom man hänvisat till en webblänk rörande det evenemang under vilket ett av uppdragen utförts.

I förfrågningsunderlaget punkt 1.12 anges att anbudet ska vara skriftligt och på svenska. Vidare anges att Regeringskansliet i sin bedömning inte kommer att ta hänsyn till information på annan plats, till exempel hemsidor eller webbsidor på internet och att detta även gäller hänvisningar, eller bifogade broschyrer eller rapporter, som inte har efterfrågats i förfrågningsunderlaget.

Uppgiften om att Creo Medias svar stod att finna via en webblänk har inte ifrågasatts i målet. Utan att ta del av denna information är det inte möjligt att avgöra om Creo Medias tidigare uppdrag uppfyller ställda krav. Förvaltningsrätten finner därmed att det inte är visat att Regeringskansliet har underlåtit att beakta information som lämnats på annan plats i strid med vad som anges i punkt 1.12 i förfrågningsunderlaget.

Det är ostridigt i målet att Creo Media levererade arbetsprover i annat format än som angavs i förfrågningsunderlaget. Regeringskansliet hade i och för sig inte svårigheter att använda sig av dessa. Genom att annat format än det som efterfrågats har använts är dock inte heller kravet i förfrågningsunderlaget punkt 2.3.9 och 2.3.10 uppfyllt. Att ett annat format godkänts innebär att likabehandlingsprincipen enligt LOU åsidosatts eftersom andra leverantörer inte erbjudits möjligheter att leverera sina svar enligt det anorlunda formatet.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att inte heller det vinnande anbudet från Creo Media uppfyllt kraven i förfrågningsunderlaget och att det därmed borde ha uteslutits från prövningen.

Med hänsyn till det anförda anser förvaltningsrätten att det finns skäl för ingripande enligt LOU och att Nasdaq, som hävdar att man uppfyller de numera förtydligade kraven, har lidit eller kan komma att lida skada, om inte upphandlingen görs om.

Vid denna bedömning finner förvaltningsrätten inte skäl att pröva övriga invändningar som Nasdaq framfört i sin begäran om överprövning.

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

Madeleine Benndorf

Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Lars-Erik Rudström.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 3109/1A LOU