



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 2

DOM

2017-07-10

Meddelad i Göteborg

Mål nr

1739-17

SÖKANDE

Treativ Reklambyrå AB, 556592-9535
Östra Långgatan 47
432 41 Varberg

MOTPART

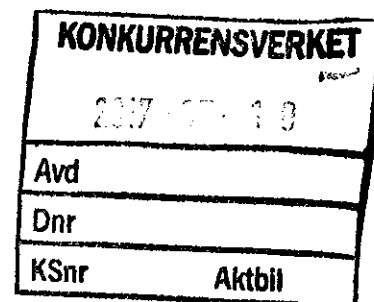
Varbergs Bostads AB, 556502-4220
Box 83
432 22 Varberg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



Dok.Id 476730

Postadress

Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress

Sten Sturegatan 14

Telefon

031 - 732 70 00

Telefax

031 - 711 78 59

Expeditionstid

måndag–fredag
08:00-16:00

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

BAKGRUND

Varbergs Bostads AB (VBAB) genomför en upphandling av ramavtal avseende "Redaktionella tjänster för Varbergs Bostads AB".

Av tilldelningsbeslut 3 februari 2017 framgår att M&R – Idé och text HB vunnit upphandlingen. – Vid utvärderingen hamnade Roxx Communication Group AB på andra plats och Treativ Reklambyrå AB på tredje plats.

YRKANDEN M.M.

Treativ Reklambyrå AB (Treativ) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för talan anføres bl.a. följande.

I upphandlingen skulle två arbetsprover bifogas vilka skulle uppfylla vissa kriterier som anges i förfrågningsunderlaget samt utvärderas enligt angiven betygsskala (punkterna 2.4.6.1--2). Treativ menar att utvärderingsmodellen inte har varit tillräckligt tydlig och därför strider mot principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU. Detta har medfört att Treativ har orsakats skada i den mening som avses i 16 kap. LOU.

Utvärderingskriterierna har lämnat ett stort utrymme för godtycklighet och därmed en bedömning som inte grundar sig på objektiva framställda kriterier utan ger utrymme för ett stort mått av subjektivitet för den upphandlande myndigheten. Ett flertal rubriker som exempelvis "Formgivning/layout/redigering", "Arbetsprovet bör producera en tilltalande layout som är professionell, kreativ, modern och målgruppsanpassad", gör det svårt att göra en objektiv bedömning av de olika bidragen.

Därtill saknar betygsskalan närmare beskrivningar om vad som krävs för att ett arbetsprov ska få respektive betyg. Bl.a. framgår inte vad ”betydligt högre ställda krav” är eller hur arbetsproverna ska vara utformade för att uppfylla ”tydlighetskravet” för att erhålla betyget ”Mycket bra, högt mervärde”.

Vad gäller vinnande leverantörs (M&R) två arbetsprover noteras följande. Arbetsprov 1 avser en kundtidning för Halmstads kommunala bostadsbolag. Av utvärderingskriterierna framgår bl.a. att formgivning och layout ska vara modern och professionell. Då arbetsprovet fick full poäng kan ifrågasättas hur bedömningen gått till då en tidning från år 2011 knappast längre är modern. Arbetsprov 2 avser ett uppdrag för den upphandlande myndigheten och där angiven referensperson är marknadsansvarig. Mot denna bakgrund får en partisk värdering anses ha gjorts då arbetsprovet har fått maxpoäng och då angiven referensperson deltar i upphandlingen.

Sammanfattningsvis har förfrågningsunderlaget varit så otydligt formulerat att Treativ inte kunnat lämna ett anbud med tillräcklig insikt om hur utvärderingen skulle komma att ske och att utvärderingsmodellen därför har inneburit att VBAB i praktiken har förbehållit sig en fri prövningsrätt av anbudena. Utvärderingsmodellen har varit oförutsebar och strider därför mot transparens- och likabehandlingsprincipen.

VBAB yrkar att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Utvärderingen syftar till att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån kriterierna referenser, arbetsprov och anbudspris. Anbudsgivaren ska lämna två referenser för uppdrag med viss omfattning och visst innehåll.

Av utvärderingskriteriet ”arbetsprover” följer att anbudsgivaren enligt särskilda anvisningar ska skicka in två arbetsprover och att respektive arbetsprov ska innehålla material från respektive referensuppdrag.

I förfrågningsunderlaget anges en betygsskala med fyra nivåer – 0 (Ej godkänd), 2 (Godkänd, mindre kvalitetsbrister), 3 (Godkänd) och 5 (Mycket bra, högt mervärde) poäng. Därutöver tydliggörs betygsskalan ytterligare i en skriftlig matris.

De två utvärderingskriterierna för arbetsprover har inte lämnat något stort utrymme för godtycklighet och därmed en bedömning som inte grundar sig på objektiva fastställda kriterier. De två utvärderingskriterierna avseende arbetsprover är godtagbara kriterier även om de innehåller ett visst mått av skönsmässig bedömning, som i möjligaste mån har begränsats av de beskrivningar/förutsättningar som angetts under respektive utvärderingskriterium i förfrågningsunderlaget.

Påståendet om att delar av formuleringarna ”gör det svårt att göra en objektiv bedömning av de olika bidragen” är tämligen allmänt hållen. En utvärderingsmodell med ofrånkomliga subjektiva inslag innebär alltid en utmaning när det gäller att genomföra utvärderingen objektivt, men detta är knappast en omöjlighet, vilket Treativ inte heller gör gällande. Utvärderingsmodellen har inte haft några brister i något sådant objektiva hänseende.

Mot bakgrund av det ovan anförda menar VBAB att utvärderingsmodellen och de två kriterierna för utvärderingen av arbetsprover inte står i strid med transparens- och likabehandlingsprincipen eftersom informationen i förfrågningsunderlaget avseende dessa kriterier är klar, tydlig och nyanserad samt att det varken är möjligt eller rimligt att formulera kriterierna mer detaljerat mot bakgrund av det ändamål som avses.

Inte heller betygsskalan för utvärdering av arbetsproverna står i strid med transparens- och likabehandlingsprincipen utan anger på ett klart och tydligt sätt hur arbetsproverna ska vara utformade för att respektive poäng ska erhållas. Betygsskalan innehåller såväl objektiva som transparenta hållpunkter och det måste ha stått klart för en rimligt insatt och normalt omsorgsfull leverantör utifrån vilka grunder betygssättningen skulle genomföras.

Det vinnande anbudet från M&R har utvärderats i enlighet med angiven utvärderingsmodell. Det noteras att M&R inte har fått full poäng för arbetsprov 1 utan 8 av 10 poäng. Vidare finns det inte något hinder mot att en leverantör anger en referensperson hos den upphandlande myndigheten eller att en upphandlande myndighet utvärderar referensuppdrag utförda åt den upphandlande myndigheten så länge utvärderingen sker på ett objektiva sätt. Treativ har inte närmare utvecklat hur partiskheten i bedömningen skulle ha gestaltat sig utan endast gjort gällande att omständigheten att VBAB gett det aktuella arbetsprovet högst poäng samt varit referensperson i sin egen upphandling har medfört en partisk bedömning i utvärderingen av arbetsprover.

Konkreta omständigheter har legat till grund för utvärderingen av de olika anbuden och de erhållna olika poängen för de av anbudsgivarna inskickade arbetsproverna. En bifogad sammanställning av referensgruppens bedömningskommentarer avseende anbudsgivarnas arbetsprover med förklaring hur utvärderingen har gått till visar att utvärderingen av arbetsproven har genomförts på ett likvärdigt sätt.

Utvärderingen av anbuden har varit saklig och skett utifrån de utvärderingskriterier och den betygsskala som legat till grund för utvärderingsmodellen angiven i förfrågningsunderlaget. Det föreligger därmed inte skäl för ingripande enligt LOU.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om det finns sådana brister i upphandlingen att det finns skäl för ingripande med stöd av bestämmelserna i LOU.

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i LOU. Enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som sökanden har framfört i målet (jfr RÅ 2009 ref. 69).

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 brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag 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

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 en utvärderingsmodell ska 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

unionsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Högsta förvaltningsdomstolen har även uttalat att de skriftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och unionsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

När en upphandlande myndighet fastställer andra utvärderingskriterier än enbart pris är det ofrånkomligt att kriterierna i viss mån bedöms subjektivt vid utvärderingen. Det går således inte att utforma utvärderingskriterier som inte till någon del innefattar subjektiva bedömningar. Av förfrågningsunderlaget framgår tillräckligt tydligt på vilket sätt betygssättning skulle komma att ske, samt hur upphandlande myndighet avsåg att tilldela poäng. Det får därför anses ha stått tillräckligt klart för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör på vilka grunder betyg skulle komma att tilldelas. VBAB har således inte använt sig av någon otillåten utvärderingsmodell i upphandlingen. Vad bolaget anför i övrigt utgör inte heller skäl för annan bedömning än att anbudsgivarna kunnat utläsa och förstå hur ett konkurrenskraftigt och ändamålsenligt anbud ska formuleras. Även om förfrågningsunderlaget inte är optimalt utformat så har avsikten med att använda uppställda krav och valda metoder i utvärderingen varit att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Varken LOU eller praxis ställer upp något generellt hinder för en anbudsgivare att ange referenspersoner hos den upphandlande myndigheten så länge de grundläggande principerna i LOU, i detta fall främst likabehandlingsprincipen, inte träds för när. Angivandet av sådana referenspersoner får således inte medföra att någon anbudsgivare otillbörligen gynnas.

Treativ har inte närmare konkretiserat sin talan i denna del och har därför inte heller visat att angivandet av aktuell referensperson inneburit ett otillbörligt gynnande av den vinnande leverantören M&R.

Treativ har inte heller i övrigt visat att VBAB vid utvärdering och betygsättning skulle ha frångått de kriterier och krav som anges i förfrågningsunderlaget eller att förfarandet har inneburit att kraven i LOU har åsidosatts.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att Treativ inte har visat att VBAB har genomfört upphandlingen i strid med LOU. Det saknas därmed skäl för att ingripa mot upphandlingen. Ansökan ska därför avslås.

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

Ann Rittri

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Michaël Koch.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.