



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1
Sune Wennerberg

DOM
2010 -09- 2 8
Meddelad i
Malmö

Mål nr
9480-10E

SÖKANDE

First Flight Communication Agency AB, 556684-1424
Södra Förstadsgatan 2
211 43 Malmö

Ombud: Advokat Martin Levinsohn
Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB
Box 4501
203 20 Malmö

MOTPART

Region Skåne, 232100-0255
291 89 Kristianstad

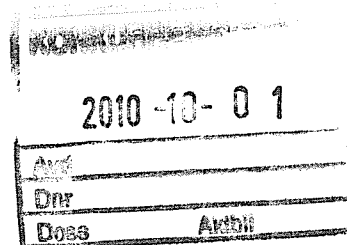
Ombud: Patrik Kastberg
Region Skåne, Koncernkontoret
Avdelningen för juridik
291 89 Kristianstad

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.



Dok.Id 30103

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 4522 203 20 Malmö	Kalendegatan 6	040-35 35 00 E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se	040-97 24 90	måndag – fredag 08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Region Skåne genomför ramavtalsupphandling av kommunikationsbyråer. Upphandlingen genomförs med selektivt förfarande. Av 39 godkända anbudssökande har 15 fått lämna anbud. Efter utvärdering av 12 inlämnade anbud har Region Skåne beslutat att anta anbud från 7 leverantörer.

First Flight Communication Agency AB, nedan bolaget, har ansökt om överprövning av upphandlingen och i första hand yrkat att den ska göras om och i andra hand att den ska rättas genom ny utvärdering varvid bolaget tilldelas sammanlagt ytterligare fyra poäng avseende utvärderingskriteriet ”Världsutställning”. Bolaget har som grund för sin ansökan anfört följande. Förfrågningsunderlaget och då särskilt utvärderingskriterierna brister i transparens och förutsebarhet. Utvärderingskriterierna saknar relevant koppling till kontraktsföremålet samt har utformats på ett sätt som inte möjliggör att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vidare saknar Region Skåne verklig möjlighet att kontrollera anbudsgivarnas uppfyllelse av utvärderingskriterierna. Utvärderingskriterierna har inte heller utformats på ett sådant sätt att varje rimlig informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare haft möjlighet att förutse vad som skulle komma att tillmätas betydelse vid utvärderingen av anbuden. Tvärtom lämnar kriteriernas utformning ett alltför stort utrymme för godtycke och medför i princip att Region Skåne fritt har kunnat välja vilka anbud som man önskade anta. Upphandlingen har därför skett i strid med 1 kap. 9 § LOU. Av kravspecifikationen framgår att anbudsgivarna uppmanades att ge in svar på två fiktiva beställningar som redogörs för i bilagor till kravspecifikationen. Syftet med detta var att Region Skåne skulle kunna ”verifiera anbudsgivares kreativitet och erfarenhet av att kunna utföra i denna kravspecifikation efterfrågade kommunikationstjänster”. Vidare framgår av kravspecifikationen att en referensgrupp skulle ”bedöma arbetsproven och anbudsgivares möjlighet att svara mot de fiktiva beställningarna” samt utdela poäng till anbuden enligt viss angiven skala. Några ytterligare krav eller instruktioner

lämnades inte till anbudsgivarna. Informationen om hur anbudet skulle komma att utvärderas är otydlig och mycket begränsad. Av utvärderingsmallen framgår att Region Skåne har behandlat respektive fiktivt uppdrag, "Artoteket" och "Världsutställningen", som utvärderingskriterium och att för respektive kriterium har "övergripande analys" respektive "beskrivning av genomförande" använts som underkriterium. Anbudet har kunnat erhålla maximalt 5 poäng per underkriterium, d.v.s sammanlagt maximalt 20 poäng. Vare sig av förfrågningsunderlaget eller av kravspecifikationen framgår vilken grund för tilldelning av kontrakt som Region Skåne valt, d.v.s. lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Eftersom Region Skåne överhuvudtaget inte infordrat uppgift om timarvoden eller andra prisuppgifter ligger det nära till hands att anta att avsikten varit att tilldela kontrakt till de ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kravet att den upphandlande myndigheten ska ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas är således inte uppfyllt. De utvärderingskriterier som har använts i upphandlingen har inte varit ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det torde vara tämligen självklart att det inte är möjligt att bedöma vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga utan att ta hänsyn till pris eller andra parametrar som har bäring på de ekonomiska förutsättningarna för att anta ett visst anbud. Bestämmelsen syftar rimligen ytterst till att upphandlande myndigheter på bästa sätt ska använda de offentliga medel som finansierar offentliga upphandlingar genom att uppsöka och dra nytta av konkurrensen på aktuell marknad, vilket förutsätter att pris och kostnadsaspekter vägs in i utvärderingen. Det förhållandet att Region Skåne avsåg att göra en förnyad konkurrensutsättning medför inte att det var tillåtet att i ramavtalsupphandlingen underlåta att ta hänsyn till pris eller kostnadsaspekter i de olika anbudet. Region Skåne har vidare en skyldighet att i förväg ange vilka utvärderingskriterier som kommer att användas och dessa måste vara kopplade till föremålet för det kontrakt som upphandlas. Av förfrågningsunderlaget och kravspecifikationen är det dessutom inte möjligt att skapa en rim-

lig bild vare sig av syftet med utvärderingen eller hur utvärderingen kommer att gå till. Därtill kommer att kreativitet och i synnerhet erfarenhet lämpar sig dåligt som utgångspunkt för en utvärdering, eftersom begreppen refererar till egenskaper hos anbudsgivaren snarare än till egenskaper hos anbudena. Den nödvändiga kopplingen mellan utvärderingskriterierna och kontraktetsföremålet brister således. Om Region Skåne hade velat verifiera anbudsgivarnas erfarenhet borde detta ha skett inom ramen för kvalificeringsfasen. Även om det skulle antas att det är tillåtet att använda den typ av utvärderingskriterier som Region Skåne tillämpat så finns det grund för att rikta allvarlig kritik mot utformningen av kriterierna. Det saknas vägledning för hur poängsättningen ska gå till. Anbudsgivarna vet inte vad som kommer att premieras. Det var inte förutsebart att Region Skåne endast skulle bedöma arbetsproverna baserat på om beskrivningen var fullständig och realistisk. Vidare framgår det inte av förfrågningsunderlaget eller kravspecifikationen hur huvudkriterierna, "Artoteket" respektive "Världsutställning", eller hur underkriterierna skulle komma att viktas inbördes. Vidare har Region Skåne valt att använda sig av underkriterier till underkriterierna. Inte heller dessa har viktats inbördes. Trots detta framgår det av utvärderingen att parametrarna måste ha tillmätts olika stor vikt. Det är vidare inte tillåtet att använda utvärderingskriterier som den upphandlande myndigheten inte har en verklig möjlighet att kontrollera uppfyllelsen av. Såvitt gäller en av uppdragsbeskrivningarna är uppdraget inte enbart fiktivt utan därtill baserat på tämligen orealistiska förutsättningar. När det därefter gäller utvärderingen av bolagets anbud är denna felaktig avseende kriteriet "Världsutställning". Bolagets anbud har erhållit 1 av 5 möjliga poäng med avseende såväl övergripande analys som genomförande. Region Skåne synes inte ha gjort någon värdering av innehållet i beskrivningen utan endast kontrollerat om beskrivningen var fullständig. Bolaget gör gällande att dess anbud var fullständigt och borde därför ha erhållit maximala 10 poäng vid utvärderingen av aktuellt kriterium. För det fall bolaget tillerkänts poängavdrag efter en kvalitativ värdering av den be-

skrivning som lämnats i anbudet görs gällande att det strider mot likabehandlingsprincipen att utvärdera vissa anbud på grundval om den innehåller ett visst innehåll och andra anbud på grundval av en värdering av detta innehåll. Region Skåne har saknat grund för att ge poängavdrag till bolagets anbud. Under alla omständigheter borde bolagets anbud ha erhållit minst 3 poäng per underkriterium vid utvärderingen av kriteriet vilket skulle ha medfört en totalpoäng på minst 16 poäng. Om Region Skåne hade genomfört upphandlingen med iakttagande av tillämpliga upphandlingsrättsliga regler och principer så hade bolaget haft en mycket god möjlighet att antas som leverantör. Bolagets anbud hade varit bland de 7 bästa anbuden om bolagets anbud erhållit ytterligare 4 poäng vid utvärderingen av kriteriet "Världsutställning". Bolaget hade vid detta förhållande erhållit totalt 16 poäng och skulle således ha antagits. Bolaget har således lidit, eller kan komma att lida, skada.

Region Skåne har bestritt bifall till bolagets yrkanden och anfört följande. Av kravspecifikationen framgår att utvärderingen inte ska ske med tillämpning av lägst pris utan enligt principen "ekonomiskt mest fördelaktiga". Det är inte korrekt att "kreativitet och erfarenhet" är ett utvärderingskriterium. De enda utvärderingskriterier som finns är "övergripande analys" och övergripande genomförande". Anbudsgivarnas "kreativitet och erfarenhet" får snarast anses motsvara tjänstens innehåll och mål varför det framstår som naturligt att genom utvärdering verifiera dessa egenskaper. Bolagets påståenden i denna del saknar därför relevans. Vidare är det enligt ordalydelsen i 12 kap. 1 § LOU inte ett krav att tillämpa pris som ett utvärderingskriterium då en upphandlande myndighet tillämpar principen om ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. Vidare har Region Skåne i upphandlingen valt att avropa på ramavtalet genom förnyad konkurrensutsättning. Vid konsultuppdrag, som i den nu aktuella upphandlingen, kan sättet att utvärdera pris inte bestämmas innan Region Skåne känner till de uppdrag som ska utföras inom ramen för upphandlingen. I förarbetena till LOU anges att priset inte behöver vara bestämt redan i ramavtalet. Mot

bakgrund av syftet med tillämpningen av förnyad konkurrensutsättning och de uttalanden som görs i förarbetena får det anses stå klart att pris inte måste vara ett utvärderingskriterium och att avsaknad av pris som utvärderingskriterium inte utgör hinder för att kunna utvärdera anbuden enligt principen ekonomiskt mest fördelaktiga. Vidare framgår tydligt av kravspecifikationen att utvärderingen avser en utvärdering av anbudsgivarnas "möjlighet att svara mot de fiktiva beställningarna", d.v.s. hur bra anbudsgivarnas anbud svarar mot de utvärderingskriterier som anges i kravspecifikationen inklusive dess bilagor. Varje anbudsgivare ska följaktligen beskriva två fiktiva beställningar och de båda beskrivningarna för respektive fiktiv beställning kommer att utvärderas enligt kriterierna "övergripande analys", vilket kan ge mellan noll och fem poäng samt "övergripande genomförande", vilket kan ge mellan noll och fem poäng. Till de båda utvärderingskriterierna har fogats vardera fyra konkreta parametrar som beskriver vad Region Skåne kommer att värdesätta och värdera vid bedömningen av respektive kriterium. Varje fiktiv beställning är således värd tio poäng och den sammanlagda poängen för de båda fiktiva beställningarna är tjugo poäng. Bolagets påståenden i denna del saknar fog och utvärderingskriterierna får snarast anses vara tydliga och konkreta. Det får även anses framgå att det sätt på vilken utvärderingen genomförts varit förutsebar för samtliga anbudsgivare. En rimlig omsorgsfull anbudsgivare kan svårigen tolka kravspecifikationen som att det är beskrivningen i sig själv som kommer att utvärderas. Av det anbud som bolaget lämnat framgår också med all tydlighet att bolaget förstått hur utvärderingen skulle ske. Region Skåne bestrider vidare påståendet att utvärderingskriterierna saknar viktning. Viktningen har angetts genom att det i kravspecifikationen angetts att de båda utvärderingskriterierna, "övergripande analys" respektive "övergripande genomförande", kan få lika många poäng. De parametrar som hänförs till respektive utvärderingskriterium är inte kriterier utan beskrivningar avsedda att förtydliga och konkretisera vad som kommer att utvärderas under respektive utvärderingskriterium. När det gäller utvärderingen avser

denna inte att utvärdera hur väl formulerat beskrivningen är i sig själv utan istället en bedömning av anbudsgivarnas "möjlighet att svara mot de fiktiva beställningarna". Detta får anses stå klart för alla rimligt informerade anbudsgivare. Att utvärderingskriterierna lämnar stort utrymme för godtycke kan inte vinna tilltro då det finns inte mindre än åtta konkreta parametrar som anger hur de båda utvärderingskriterierna kommer att bedömas. Vidare har samtliga anbud som lämnats har genomgått samma prövning och har bedömts objektivt och enhetligt av Region Skånes expertgrupp. Bolagets talan ska därför lämnas utan bifall.

Förvaltningsrätten har genom interimistiskt beslut den 18 juni 2010 förordnat att Region Skåne inte får avsluta den påbörjade upphandlingen till dess annat beslutas.

DOMSKÄL

Den i målet aktuella upphandlingen kan komma att avse uppdrag av starkt varierande art och omfattning och föremålet för upphandlingen är som en följd av detta tämligen oprecist formulerat. De tjänster som kan komma att bli aktuella för avrop är emellertid såvitt framgår för närvarande obekanta och kan därför av naturliga skäl inte beskrivas närmare. I förfrågningsunderlaget anges att *Upphandlingen avser tjänster som kan omfatta alla delar i en kommunikations- och marknadsföringskampanj för såväl digitala som tryckta medier regional, nationellt som internationellt*. I kravspecifikationen anges att *Upphandlingen omfattar reklam- och kommunikationsbyrå-tjänster såsom kampanjer, strategi, AD-tjänster och texter. I tjänsten kampanjer ingår även i förekommande fall mediarådgivning*. 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. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfråg-

ningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget. I kraven ligger också att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör kan avgöra vad en upphandlande myndighet tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. När det gäller upphandling av ramavtal med förnyad konkurrensutsättning finns vissa möjligheter att vid kommande avrop både precisera och komplettera villkoren som angetts i förfrågningsunderlaget. Det får emellertid inte vara fråga om helt nya villkor. I förevarande fall anges i förfrågningsunderlaget att *Avropets omfattning definieras i samband med avropsförfrågan* och att *Region Skåne förbehåller sig rätten att vid varje tillfälle bestämma vilka delar av processen som leverantören ska medverka i samt omfattningen av insatserna*. Det anges också att *Tjänster avropas under avtalsperioden utifrån leverantörernas kompetens, genomförande och prisbild*. Det kan i och för sig sägas att det av förfrågningsunderlaget svårligen kan avgöras den närmare arten och omfattningen av de tjänster som slutligen kan komma att bli aktuella. Enligt förvaltningsrättens mening kan emellertid tänkbara typer av tjänster anses framgå på sådant sätt att en leverantör, inom ramen för ramavtalets omfattning, kunnat utforma ett gångbart anbud. Detta har ju också skett från ett flertal leverantörer, inklusive First Flight Communication Agency AB. I vilken mån det vid kommande avrop kan göras gällande felaktigheter i förhållande till upphandlingsbestämmelserna kan av naturliga skäl inte avgöras på det underlag som för närvarande föreligger.

När det gäller den utvärderingsmodell som redovisats i förfrågningsunderlaget anges att *anbudsgivare ska svara på fiktiva beställningar enligt bilagorna 1 och 2*. En bedömningsgrupp kommer att *bedöma arbetsproven och anbudsgivarens möjlighet att svara mot de fiktiva beställningarna*. Gruppen poängsätter respektive arbetsprov utifrån utvärderingskriterier som angivits i bilagorna 1 och 2. Poängsättning anges ske med 0, 1, 3 eller 5 poäng. I bilagorna 1 och 2 som beskriver de två fiktiva beställningarna,

vilka således utgör arbetsproven för utvärdering, anges att anbudsgivare för vardera ska övergripande beskriva dels *analysen* dels *genomförandet*. Beskrivningen av utvärderingsmodellen som sådan kunde i och för sig ha varit tydligare. De beskrivna momenten enligt vilka de olika arbetsproven ska bedömas är också i viss mån svåra att överskåda. Även i detta avseende gör förvaltningsrätten emellertid bedömningen att en anbudsgivare i vart fall kunnat skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Något absolut krav på ett priskriterium för utvärdering vid upphandling av ramavtal föreligger inte. Det kan vidare inte sägas ha framkommit att det vid utvärderingen av lämnade anbud tagits några ovidkommande hänsyn eller att poängsättningen skett på annat sätt än likvärdigt för samtliga anbudsgivare. Det är inte möjligt för förvaltningsrätten att inta någon ståndpunkt när det gäller poängsättningen som sådan.

Om en upphandlande myndighet brutit mot principerna i 1 kap 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen, bl.a. i form av otydligt förfrågningsunderlag, ingripande ske mot upphandlingen på talan av en leverantör. En förutsättning för sådant ingripande är emellertid att bristen medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada. Det i målet aktuella förfrågningsunderlaget kan som beskrivits ovan i och för sig sägas ha vissa brister när det gäller såväl redovisning av upphandlingsföremål som utvärderingsmodell och det kan möjligen ifrågasättas i vilken mån eventuella kommande avrop kan hänföras till detta underlag. Förvaltningsrätten finner emellertid inget annat ha framkommit än att First Flight Communication Agency AB haft möjlighet att utforma ett relevant anbud och få detta utvärderat i objektiv konkurrens med övriga anbudsgivare. De svagheter som föreligger när det gäller förfrågningsunderlaget kan således inte sägas ha medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Grund för ingripande enligt LOU föreligger därför inte.

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


Jan Bratt



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 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.