



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2012-08-03
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
8866-12
Enhet 13

KONKURRENSVERKET	
2012 -08- 0 3	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

DoubleCheck AB, 556753-4978
Sankt Eriksgatan 121 b
113 43 Stockholm

MOTPART

Tillväxtverket
Box 4044
102 61 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 251101

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

Tillväxtverket genomför en förenklad upphandling av ”Informationsseminarer för en enklare offentlig upphandling” (8511-2011-4521). Tillväxtverket fick in åtta anbud från företag, varav fem kvalificerade sig till ett muntligt presentationsmöte. I ett tilldelningsbeslut den 16 april 2012 meddelade Tillväxtverket att det avsåg att teckna avtal med anbudsgivaren Entrenova AB (Entrenova) eftersom detta anbud uppfyllde samtliga uppställda krav och var det mest ekonomiskt fördelaktiga. DoubleCheck AB (DoubleCheck) har ansökt om överprövning av upphandlingen.

YRKANDEN

DoubleCheck yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att DoubleCheck och övriga anbudsgivare tilldelas högre betyg i utvärderingen. I andra hand yrkas att upphandlingen görs om.

Tillväxtverket bestrider bifall till ansökan.

UTVECKLANDE AV TALAN

DoubleCheck har som grund för sin ansökan om överprövning anfört att Tillväxtverket brustit i upphandlingen på ett sätt som strider mot 1 kap. 9 § LOU, särskilt i fråga om kraven på transparens, likabehandling och gemenskapsrättens regler härom. Bolaget har till följd av detta lidit skada. Till stöd för sin talan har bolaget anfört bl.a. följande.

Tilldelningskriterierna avseende den skriftliga anbudsdelen

Upphandlingen uppfyller inte kraven på likabehandling, objektivitet och transparens. Beskrivningen av hur nivåerna på bedömningsskalan ska uppnås är så allomfattande och otydliga att de flesta anbuden kunnat uppnå

betyg 3. Bedömningsskalan i förfrågningsunderlaget är inte lämplig, eftersom kriterierna "God förståelse" (betyg 1), "Genomtänkt upplägg" (betyg 2) och "Bra förslag på informationsåtgärder" (betyg 3) är subjektiva och inte mätbara. Ett exempel som visar på svårigheten att bedöma anbudet med hjälp av kriterierna kan ges genom en jämförelse av de två bolagens beskrivningar av "informations- och marknadsföringsinsatser", vilka båda bör anses uppnå betyg 3. Eftersom Tillväxtverket har angett hur det vill att anbudsgivaren ska genomföra uppdraget finns mycket lite utrymme för anbudsgivaren att svara något annat än att det garanterar att utföra uppdraget enligt beskrivningen. Samtliga anbud bör således ges betyg 3. De anbudsgivare som sedan visat *hur* företaget i fråga tagit vara på tidigare erfarenheter ska ges betyg 4.

Den muntliga delen av anbudsbedömningen

De muntliga presentationerna bör inte kunna vara föremål för anbudsbedömning, eftersom de inte finns inspelade och inte går att granska i efterhand. Syftet med presentationen är enligt bolagets mening att Tillväxtverket ska bedöma hur skallkraven är uppfyllda. Dessa krav skulle anbudsgivaren dock uppfylla redan innan, för att överhuvudtaget kvalificera sig till presentationen. Om syftet med presentationen istället var att Tillväxtverket ville förvissa sig om hur anbudsgivaren avsåg att genomföra uppdraget är de angivna bedömningskriterierna otydliga och skapar risker för en subjektiv bedömning där andra faktorer spelar in, t.ex. tidigare relation mellan Tillväxtverket och anbudsgivare. Alla anbudsgivare som erbjöds att genomföra den muntliga presentationen bör således erhålla betyg 3 (dvs. betyget att presentationen präglas av omdöme och integritet). Ingenstans i tilldelningsbeskedet framgår att bolagets presentation skulle ha visat brist på omdöme och integritet. De anbudsgivare som sedan visat *hur* företaget i fråga tagit vara på tidigare erfarenheter bör ges betyg 4.

Gynnande av annan leverantör

Upphandlingen har utformats så att den möjliggör subjektiva bedömningar, för att kunna gagna den redan befintliga leverantören Entrenova. Det vinnande bolaget genomför sedan 2010 liknande uppdrag för Tillväxtverket, och har en delägare som varit anställd på Tillväxtverket. Att Tillväxtverket velat gagna befintlig leverantör stöds av att de första seminarierna utan annonserats på Munkedals kommuns hemsida redan den 4 april 2012, med inbokat första seminarium den 21 maj, trots att det i förfrågningsunderlaget står att genomförandet skulle överrenskommats mellan Tillväxtverket och vinnande anbudsgivare i god tid innan. Utannonseringen skedde två veckor innan tilldelningsbeslutet blev offentligt. Det är också anmärkningsvärt att det endast tog ett arbetsdygn för Tillväxtverket att bedöma vilka anbud som skulle kunna vinna och därmed bjöds in till presentationstillfället.

Tillväxtverket har som grund för sitt bestridande anfört i huvudsak att utvärderingen av anbuderna har skett enligt LOU. Till stöd för sin talan har Tillväxtverket anfört bl.a. följande.

Tilldelningskriterierna avseende den skriftliga anbudsdelen

Bedömningsskalans definitioner "God förståelse för uppdraget", "Genomtänkt upplägg" och "Bra förslag på informationsåtgärder" är klara och tydliga och brister inte i transparens. Det är ofrånkomligt att det, vid bedömningen av uppdragsbeskrivningen av en tjänst som den aktuella, ingår ett visst mått av subjektivitet. Varken DoubleCheck eller någon av de övriga anbudsgivarna har ställt frågor eller begärt förtydliganden om bedömningsskalen. Det stämmer inte att förfrågningsunderlaget ger anbudsgivaren ett för litet utrymme att lämna en självständig uppdragsbeskrivning, tvärtom har förutsättningarna för uppdraget tydligt utformats för att möjliggöra uppdragsbeskrivningar som visar på en god förståelse för uppdraget, ett genomtänkt upplägg, bra förslag på informationsåtgärder samt hur tidigare erfarenheter utnyttjas på detta uppdrag (se Bedömning 1.0.1, Utvärde-

ringsmodellen). DoubleChecks yrkande om rättning genom att tilldela alla anbud betyget 3, eller i förekommande fall 4, är orimligt eftersom alla anbudsgivare har lämnat olika förslag och tilldelats poäng enligt hur väl de har uppfyllt definitionerna i bedömningskalan. DoubleChecks jämförelse av anbuderna gällande beskrivningen av förslag på direkta marknadsförings- och informationsinsatser i Entrenovas anbud (bilaga 1, punkt 4.1) och sitt eget anbud (bilaga 6.1 under punkten förberedelsefasen) är inte rättvisande, eftersom endast *en del* av Entrenovas beskrivning citeras. DoubleCheck har heller inte motiverat varför det borde ha erhållit betyget 3.

Den muntliga delen av anbudsbedömningen

Det hölls fyra muntliga presentationsmöten med var och en av de anbudsgivare som efter utvärdering av uppdragsbeskrivningen hade möjlighet att vinna upphandlingen. LOU och rättspraxis innehåller inga regler som förbjuder muntliga presentationer, så länge som presentationerna följer de grundläggande principerna för upphandlingar, t.ex. gällande transparens. Syftet med mötet var att bedöma anbudsgivarnas presentationsförmåga eftersom en stor del av uppdraget går ut på att representera myndigheten samt att arbeta med relationsbyggande marknadsföring. Syftet var inte att bedöma hur skallkraven var uppfyllda. Gällande utvärderingen av presentationsmötet har ingen bedömning gjorts i fråga om anbudsgivarens omdöme och integritet. Det som har bedömts är om den muntliga presentationen har präglats av detta. Vidare anses att 45 minuter är tillräckligt för att få en uppfattning om anbudsgivarens kompetens i presentationsteknik.

Gynnande av annan leverantör

Tillväxtverket bestrider att man redan från början skulle ha avsett att gynna en viss leverantör. Det stämmer att Tillväxtverket genomfört ett visst förberedelsearbete. Anbudsgivarna underrättades via E-avrop den 22 februari att ett visst förberedelsearbete genomfördes av myndigheten inför de första seminarierna p.g.a. kort tid för förberedelsefasen. Det har tydligt angetts i

den allmänna beskrivningen att det är Tillväxtverket som ansvarar för innehålllet i programmet samt för att bjuda in föreläsare. Att seminarier var inbokade för våren kan därför inte ses på något annat sätt än att Tillväxtverket varit mån om att underlätta för den leverantör som skulle tilldelas kontraktet. Tillväxtverket har varit väl medveten om den korta tidsplanen, varför det har förtydligat att det måste finnas resurser hos anbudsgivaren för intensivare aktivitet i förberedelsearbetet i början av projektet (s 3 i den allmänna beskrivningen av uppdraget). Det finns idag inget avtal rörande informationsseminarier för en enklare offentlig upphandling. Double-Checks påstående att det skulle finnas en leverantör för denna tjänst är således felaktig. Däremot anordnas liknande seminarier rörande lagen om valfrihetssystem med Entrenova som leverantör. Kravspecifikationen i den aktuella upphandlingen har Tillväxtverket utformat själv.

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 en 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder

som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU. Rätten kan därvid endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Tilldelningskriterierna avseende den skriftliga anbudsdelen

Kravet på transparens och likabehandling innebär bland annat att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet. En anbudsgivare ska exempelvis genom förfrågningsunderlaget kunna få insikt i hur kvalifikationen och utvärderingen av anbud kommer att bedömas. Emellertid medför de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50). Likabehandlingsprincipen innebär vidare enligt fast praxis att lika situationer inte får behandlas olika såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.

I bedömningsskalan, under rubriken "Bedömning 1.0.1" i förfrågningsunderlaget, anges att Tillväxtverket poängsätter uppdragsbeskrivningen efter följande definitioner.

- 0 p - Uppdragsbeskrivningen visar inte förståelse för uppdraget
- 1 p - Uppdragsbeskrivningen visar god förståelse för uppdraget
- 2 p - Uppdragsbeskrivningen uppfyller ovanstående och visar på ett genomtänkt upplägg
- 3 p - Uppdragsbeskrivningen uppfyller ovanstående och ger bra förslag på informationsåtgärder
- 4 p - Uppdragsbeskrivningen uppfyller ovanstående och visar hur tidigare erfarenheter utnyttjas på detta uppdrag

Förvaltningsrätten finner att det i bedömningsskalan tydligt framgår vilka krav som ställs på anbudens uppdragsbeskrivningar för att uppnå en viss poäng. Förfrågningsunderlaget strider således inte mot transparens- och likabehandlingsprincipen i denna del.

Utvärderingen av den skriftliga delen

DoubleCheck har, utöver en jämförelse mellan två bolagens beskrivningar av "informations- och marknadsföringsinsatser" i uppdragsbeskrivningen och ett allmänt ifrågasättande av utvärderingen, inte angett på vilket sätt utvärderingen av anbudet varit felaktig. Förvaltningsrätten finner inte visat att Tillväxtverket frångått bedömningsskalan i förfrågningsunderlaget vid bedömningen av den skriftliga delen av anbudet.

Utvärderingen av den muntliga anbudsdelen

DoubleCheck har även anfört att muntliga presentationer skulle vara otillåtna enligt LOU eftersom det är omöjligt att granska dessa i efterhand. Vidare menar bolaget att bedömningskriterierna för den muntliga presentationen är för otydliga samt att bolaget borde ha tilldelats högre betyg avseende presentationen.

LOU och rättspraxis innehåller inga regler som förbjuder muntliga presentationer. I ett avgörande från EU-domstolen, där ett danskt statligt företag inledde "diskussion med de olika anbudsgivarna för att kunna jämföra och utvärdera deras anbud", anmärkte domstolen inte på att kompletteringen hade skett i form av muntliga presentationer (C-243/89, *Stora bältbron*, REG 1993 s 3353). Förvaltningsrätten finner att anbudsgivning i muntlig form får anses tillåten så länge som det sker enligt de grundläggande principerna i LOU, t.ex. gällande transparens.

Vad gäller bedömningskriterierna för presentationen anges under rubriken "Bedömning 1.0.2" i förfrågningsunderlaget bl.a. följande. Vid presentationsmötet ska projektledaren och dess ersättare presentera sig själva och uppdragsbeskrivningen. Tillväxtverket kommer att ställa frågor i samband med presentationen för att förvissa sig om hur skallkraven är uppfyllda. Bedömningen går till så att handläggare på Tillväxtverket poängsätter presentationen efter följande definitioner.

- 0 p - Presentationen brister i tydlighet och trovärdighet
- 1 p - Presentationen är tydlig och trovärdig
- 2 p - Presentationen uppfyller ovanstående och visar förmåga att skapa kontakt
- 3 p - Presentationen uppfyller ovanstående och präglas av omdöme och integritet
- 4 p - Presentationen uppfyller ovanstående och visar förmåga att återge resultat från tidigare uppdrag

Det får anses framgå av ovanstående kriterier att det är anbudsgivarens presentationsförmåga som ska utvärderas, inte huruvida skallkraven är uppfyllda. DoubleCheck har inte anfört varför bolagets presentation borde ha tilldelats ett högre betyg. Förvaltningsrätten finner inte visat annat än att Tillväxtverkets beslut att tilldela DoubleCheck betyget 2 var riktigt, dvs. att presentationen är tydlig, trovärdig och visar förmåga att skapa kontakt.

Gynnande av annan leverantör

Förvaltningsrätten finner heller inte stöd för DoubleChecks påstående att Tillväxtverket avsett att gynna en viss leverantör, Entrenova. Det förhållandet att Entrenova tidigare har utfört andra uppdrag åt Tillväxtverket utgör inte grund i sig för antagandet att det skulle vara fråga om ett otillbörligt gynnande. Vad DoubleCheck anfört i fråga om det pressade tidschemat ändrar inte förvaltningsrättens bedömning i denna del. Alla anbudsgivare hade underrättats om att ett visst förberedelsearbete genomfördes p.g.a. den korta tiden för förberedelsefasen, och behandlades således lika i det avseendet.

Avslutande bedömning

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis inte anledning att ingripa mot upphandlingen enligt LOU. DoubleChecks ansökan ska därmed avslås.

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

Madeleine Benndorf
Rådman

Föredragande har varit Lizette Harletun Ilkhani.



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