



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA

DOM
2010-04-13
Meddelad i Uppsala

Mål nr
2609-10
Enhet 1

KLAGANDE

Hurra AB, 556302-4347
Box 6493
113 82 Stockholm

MOTPART

Nordiska Afrikainstitutet, 202100-2726
Box 1703
751 47 Uppsala

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Nordiska Afrikainstitutets upphandling "Afrika i fokus på Bok & Bibliotek 2010", dnr 50:2009-0143

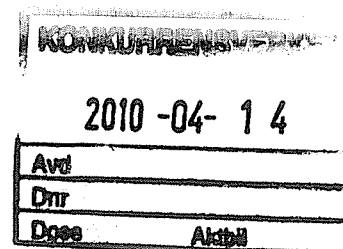
SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 2 mars 2010 upphör härmed att gälla.



BAKGRUND

Nordiska Afrikainstitutet (NAI) har inlett en upphandling av en formgivningskonsult för formgivning och produktion av en monter benämnd "Afrikamontern" på Bok & Bibliotek 2010 samt formgivning av program, vepor, t-shirts och väskor. Tilldelningsgrunden har varit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Tretton anbud inkom under anbudstiden. Den 18 februari 2010 meddelade NAI att upphandlingskontraktet tilldelats Global Reporting Sweden AB.

YRKANDEN

Hurra AB (bolaget) ansöker om överprövning av NAIs upphandling och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande. Förfrågningsunderlaget uppfyller inte kraven på förutsebarhet, likabehandling och transparens i LOU. Upphandlingen avser ett uppdrag att formge och producera en temamonter och formge programmet för "Afrika i fokus Bok & Bibliotek 2010" samt formge vepor, t-shirts och väskor. Förutom sedvanliga anbudskrav ingick även ett skallkrav i form av en skissuppgift. Skissuppgiften preciserades till att avse formgivning av monter, formgivning av utomhusvepa och/eller inomhusvepa samt formgivning av t-shirt. Bolaget har ingett de i skissuppgiften föreskrivna skisserna, men anbudet har trots detta inte utvärderats då någon skiss avseende program inte har bifogats. NAI har hänvisat till att det har funnits en uppgift i ett formulär för leverantörsprövning om att även en skissuppgift avseende program ska inges för att skallkravet ska vara uppfyllt. Eftersom skissuppgiften definierats i en särskild punkt där programmet inte finns med innebär detta att förfrågningsunderlaget inte uppfyller kraven på förutsebarhet, likabehandling och transparens. Otydligheten har lett till att sex av tretton, däribland bolagets, inkomna anbud underkänts på grund av att någon skiss på program inte har inlämnats. Att program fanns med inom en parantes i ett formulär för leverantörsprövning innebär inte att LOUs krav

på ett förfrågningsunderlag har uppfyllts. Att nästan hälften av de anbud som inkommit saknat skiss på program och underkänts är ett talande bevis för förfrågningsunderlagets otydlighet.

NAI yrkar att förvaltningsrätten i första hand ska avvisa bolagets ansökan på grunden att skaderekvisitet inte är uppfyllt och yrkar i andra hand att NAI ska få vidta rättelse genom att göra en ny utvärdering. Till stöd för sin talan anför NAI i huvudsak följande. Bolagets anbud utvärderades inte eftersom anbudet ansågs sakna ett i förfrågningsunderlaget uppställt skallkrav. Efter att NAI har fått ta del av ansökningarna om överprövning enligt LOU har en ny utvärdering skett med den förutsättningen att samtliga anbud skulle vara kvalificerade. Den nya utvärderingen visar att ingen av de ansökande anbudsgivarna hade vunnit om de kvalificerats. Ingen av anbudsgivarna har heller framfört att det vinnande anbudet skulle ha brister. Därmed kan ingen av de ansökande anbudsgivarna visa att skaderekvisitet skulle vara uppfyllt, jfr t.ex. Kammarrätten i Jönköpings dom den 17 december 2009 i mål 2571-09 samt Kammarrätten i Jönköpings dom den 30 juli 2009 i mål nr 1687-09. Rättspraxis visar att även om förvaltningsrätten skulle finna att brister finns i upphandlingen, så finns inga skäl att vidta åtgärder då den ansökande anbudsgivaren inte lidit skada av bristen. Om förvaltningsrätten skulle konstatera att förfrågningsunderlaget varit otydligt angående kravet på redovisning av skiss, anser NAI att denna otydlighet inte ska anses ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet och/eller anses vara så allvarligt att upphandlingen ska göras om. Skallkravet är inte av sådan art att presumtiva anbudsgivare kan ha underlåtit att lämna anbud för att kravet inte kunde uppfyllas. Att med anbud inge en skiss avseende program är inte ett sådant skallkrav som kan anses leda till att anbudsgivare väljer att inte lämna anbud eller får svårigheter att lämna anbud. Det är därmed tillräckligt att upphandlingen rättas på så sätt att otydligheten stryks och ny utvärdering görs med beaktande av samtliga

anbud. Detta är den mindre ingripande åtgärd som en förvaltningsrätt kan förordna om och rätten ska i möjligaste mån välja den minst ingripande åtgärden så länge det inte begåtts så allvarliga fel i upphandlingen att de inte kan botas genom rättelse. Såsom NAI har visat kan den brist som de ansökande anbudsgivarna påpekat i den aktuella upphandlingen botas genom rättelse av utvärderingen.

Förvaltningsrätten har den 2 mars 2010 förordnat om att upphandlingen inte får avslutas innan rätten har beslutat något annat.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges 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.

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

I 16 kap. 2 § LOU anges följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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.

Utredningen i målet

I tilldelningsbeslutet den 18 februari 2010 meddelade NAI bland annat följande. Anbud ska bland annat innehålla en skissuppgift av monter, program, t-shirt, väskor och vepor. Tretton anbud inkom inom anbudstiden. Bolagets anbud uppfyller inte kravet i leverantörsprövningen gällande skissuppgift av program och går inte vidare. Enligt utvärderingskriterierna har det mest fördelaktiga anbudet lämnats av Global Reporting Sweden AB.

I inbjudan till anbudsgivningen anges bland annat följande under punkt 4.3

”Uppdraget som formgivningskonsult”. Uppdraget består av att:

- Formge och producera temamontern för ”Afrika i fokus på Bok & Bibliotek 2010”. Formgivaren ska ta fram grundläggande koncept och gestaltungsförslag. Formgivaren tar ansvar både för den rumsliga gestaltningen och inredning på detaljnivå. Formgivaren ska i anbudet ange pris för formgivning och produktion av monter samt namnge eventuell underleverantör för monterproduktion.
- Formge programmet för ”Afrika i fokus på Bok & Bibliotek 2010”. Formgivaren ska ta fram grundläggande koncept och gestaltungsförslag. Formgivaren ansvarar för layout och bild i programmet. Formgivaren ansvarar inte för textinnehållet i programmet. Formgivaren ska i anbudet ange pris för formgivning av programmet samt namnge eventuell underleverantör.
- Formge vepor, t-shirts och väskor. Formgivaren ska ta fram grundläggande koncept och gestaltungsförslag. Formgivaren ska i anbudet ange pris för formgivning av utomhusvepa, inomhusvepa, t-shirts och väskor samt namnge eventuell underleverantör.

Under punkt 4.4 ”Riktlinjer för uppdraget”anges följande. Programmet ”Afrika i fokus på Bok & Bibliotek 2010” ska presentera de författare, journalister, debattörer med flera som representerar det afrikanska temat på

Bok & Bibliotek 2010. Programmet ska innehålla text och bild. Programmet ska vara gratis för besökare på Bok & Bibliotek 2010.

I anbudsförslaget till upphandlingen anges följande under leverantörsprövning. Följande bevis och information bifogas anbudet. Sanningsförsäkran, SKV 4820, F-skattebevis om det inte framgår av SKV 4820, aktuellt registreringsbevis, referenser, portfolie och skissuppgift – maximalt fem sidor (inklusive monter, program, vepor, t-shirt, väska).

I bilaga till anbudsförslaget med rubriken ”Skissuppgift” anges följande. Till anbudet ska en skissuppgift bifogas. Skissuppgiften ska, utifrån de riktlinjer som återges i förfrågningsunderlaget, återge skissförslag på

- formgivning av monter
- formgivning av utomhusvepa och/eller inomhusvepa
- formgivning av t-shirt

Skissförslaget ska innehålla en kort kommentar som beskriver konceptidé och ska omfatta max 5 sidor.

I en komplettering till upphandlingen, frågor och svar, anges bland annat följande. Det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten kommer att antas. Utvärderingen kommer att göras utifrån prioritetsordningen:

1. skissuppgift med konceptidé (viktas 60 %)
2. Pris (viktas 40 %)

Med skissuppgift åsyftas en skissuppgift som utgår från de krav som specificerats i förfrågningsunderlaget och kommenteras med en konceptidé.

Det är inte ett ”färdigt förslag på hela uppdraget” utan en skiss/idé. Den formgivningskonsult som antas för uppdraget ska sedan i samverkan med

projektgruppen på "Afrika i fokus på Bok & Bibliotek 2010" ta fram det slutgiltiga formgivningsförslaget för uppdraget.

I komplettering 4 till upphandlingen anger NAI bland annat följande vid svar på fråga 1, 13 och 24. I enlighet med förfrågningsunderlaget för upphandlingen ska programmet presentera de författare, journalister, debattörer m.fl. som representerar det afrikanska temat på bokmässan 2010. Programmet ska innehålla text och bild och vara gratis för besökare på Bok & Bibliotek 2010. Formgivaren ska ansvara för layout och bild i programmet. Formgivaren ansvarar inte för textinnehållet. Programmets omfattning (antal sidor och textomfång) är estimerad till 50 A4-sidor. Därmed inte sagt att det slutgiltiga formatet för produkten behöver vara i A4-format. Anbudsgivaren kan i skissuppgiften lämna förslag på lämpligt format. Skissförslaget ska lämnas på max 5 sidor, i valfritt pappersformat. Anbudsgivaren avgör själv hur skissförslaget utformas och hur ytan används.

Förvaltningsrättens bedömning

Grund för att ingripa mot en upphandling kan föreligga om det visas att den upphandlande myndigheten har åsidosatt de grundläggande principerna som anges i 1 kap. 9 § LOU. Prövningen kan också avse att andra gemenskapsrättsliga principer som ska beaktas vid all offentlig upphandling inte trätts för när. För att det ska finnas grund för ingripande enligt LOU krävs dessutom att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Bolagets anbud har inte utvärderats på grunden att anbudet inte har innehållit en skissuppgift över program. Bolaget har härvid anfört att förfrågningsunderlaget har varit otydligt och inte uppfyller kraven på förutsebarhet, likabehandling och transparens.

Principen om likabehandling innebär att alla leverantörer ska behandlas lika och ges lika förutsättningar. Principen om transparens medför främst skyldigheten för den upphandlande myndigheten att skapa öppenhet, att lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas.

Av en ruta i anbudsformuläret framgår att en skissuppgift ska bifogas samt att denna ska bestå av maximalt fem sidor inklusive monter, program, vepor, t-shirt och väska. Av denna ruta får anses framgå att skissuppgiften även skulle omfatta ett program. Till anbudsformuläret finns dock även en bilaga med rubriken ”skissuppgift”. I denna bilaga anges att skissuppgiften ska återge skissförslag på formgivning av monter, vepor och t-shirt. Det nämns däremot inte något om skissförslag på program och väska. Mot bakgrund av att bilagan är en form av precisering av hur skissuppgiften ska utformas framstår det, enligt förvaltningsrättens mening, som naturligt att denna har företräde framför kryssrutan i anbudsformuläret. I komplettering till upphandlingen, frågor och svar, anges vidare att anbudsgivaren själv avgör hur skissförslaget ska utformas. Allt detta får anses skapa en osäkerhet kring hur anbudet ska utformas. Förhållandet att sex anbudsgivare av tretton har underkänts som leverantörer i upphandlingen på grunden att de inte har lämnat in något skissförslag avseende program får med betydande styrka anses tala för att förfrågningsunderlaget har varit otydligt i denna del.

Regeringsrätten har beträffande överprövning av förfrågningsunderlag uttalat att de skiftande 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 gemenskapsrätten inte träds för när (RÅ 2002 ref 50). I detta får anses ligga att inte varje brist som en leverantör kan göra gällande i en utvärdering utgör grund för ingripande enligt LOU.

I nu aktuellt mål hänför sig den påtalade bristen till ett obligatoriskt skallkrav och de leverantörer som inte har uppfyllt detta krav har inte fått gå vidare till utvärderingsfasen. Enligt förvaltningsrättens mening måste det i en sådan situation ställas betydligt högre krav på transparens och förutsebarhet.

Med särskilt beaktande att den påtalade bristen hänför sig till ett skallkrav, anser förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget i den del som avser skissförslag är både otydligt och inkonsekvent. Upphandlingens förfrågningsunderlag brister därför enligt förvaltningsrättens mening i transparens och förutsebarhet.

För att rätten ska besluta om åtgärd enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU krävs, förutom att den upphandlande enheten har brutit mot LOU, att den leverantör som ansöker om överprövning har lidit eller kan komma att lida skada till följd av detta.

NAI har i yttrande anfört att en ny utvärdering har gjorts där även bolagets anbud har beaktats samt att bolagets anbud inte hade vunnit om det hade gått vidare till utvärderingsfasen, varför bolaget inte kan anses ha lidit någon skada.

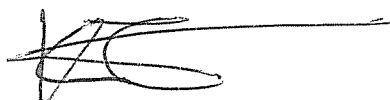
Den nya utvärderingen har inte ifrågasatts av bolaget. Det kan dock påpekas att den nya utvärderingen blir något felaktig eftersom i denna har samtliga leverantörer tilldelats 0 poäng avseende skissförslag på program.

Rent hypotetiskt skulle bolaget kunna ha fått 5 poäng i denna del och det vinnande anbudet 0 poäng. Bolaget har således eventuellt hamnat i ett sämre lägre på grund av att förfrågningsunderlaget var otydligt utformat.

Förvaltningsrätten kan emellertid inte finna annat än att även om bolaget skulle ha tilldelats högsta poäng för skissförslaget avseende programmet och vinnande anbud inte skulle ha tilldelats några poäng, hade bolaget ändå inte fått en sådan viktad poäng att det skulle ha vunnit upphandlingen. Vid detta förhållande är det inte visat att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada. Bolagets ansökan ska därför avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om att i och med att det interimistiska beslutet upphör att gälla, börjar en ny tiodagarsfrist att löpa. Fristen löper från dagen för domen, oavsett vad som anges om överklagandetid i besvärshänvisningen.

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



Kristian Zeman

förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Ulrika de la Iglesia.



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 var till 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 nå 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.

