



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2016-10-24
Meddelad i Uppsala

Mål nr
2103-16 E
Enhet 1

SÖKANDE

Shortcut Media AB, 556849-1830

Ombud: Advokat Jonas Forzelius och Jur.kand. Daniel Eriksson
Time Advokatbyrå KB
Box 590
114 11 Stockholm

MOTPART

Uppsala universitet, 202100-2932
c/o Box 256
751 70 Uppsala

KONKURRENSVERKET	
2016-10-26	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Uppsala universitet (universitetet) har genomfört en upphandling av ramavtal avseende filmproduktion, UH 2015/51. Upphandlingen har skett genom ett öppet förfarande. Som tilldelningsgrund har angetts att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas. Universitetet har i tilldelningsbeslut antagit anbud från Phosworks AB.

YRKANDEN M.M.

Shortcut Media AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Universitetet har i anbudsinbjudan angett att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska tilldelas kontrakt. Vid utvärdering av anbuden har pris över huvud taget inte beaktats. En bedömning av vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt har därför inte gjorts. Detta strider mot de grundläggande principerna om likabehandling, transparens och proportionalitet enligt 1 kap. 9 § LOU. Upphandlingen är behäftad med sådana väsentliga brister att upphandlingen måste göras om.

I punkten 5.3 i anbudsinbjudan anges att utvärderingen ska ske i två steg, först genom en kvalitetsutvärdering och sedan genom en prisutvärdering. Universitetet anger vidare att endast den anbudsgivare som erhållit högst totalpoäng vid kvalitetsutvärderingen går vidare till prisutvärdering. Prisutvärderingen har således inte haft någon praktisk påverkan på upphandlingen. Phosworks AB hade således tilldelats kontrakt oavsett vilket pris de offererat i sitt anbud. Att som anbudsgivare offerera ett högt pris kan innebära att man blir placerad efter en annan anbudsgivare för det fall att två anbudsgivare hamnar på samma kvalitetspoäng i utvärderingen. Det finns dock inget stöd för att det skulle vara mer sannolikt att två anbudsgivare hamnar på samma poäng, än att de inte gör det. Faktum är att inte en enda av åtta kvali-

ficerade anbudsgivare hamnade på samma poäng i utvärderingen. Kvalitetsutvärderingen möjliggör så stor spridning på poängen att det är mer sannolikt att någon utslagsbedömning inte blir nödvändig. Arbetsprovernans kvalitet i sig ger ingen indikation på någon ekonomisk fördel. Om någon viktning av kriterierna inte görs är det inte möjligt för anbudsgivarna att avgöra vilka kriterier som kommer att tillmätas värde under utvärderingen.

Bolaget har lidit skada eller riskerat att lida skada eftersom bolaget, om upphandlingen rätteligen hade utvärderat det ekonomiskt mest fördelaktiga budet, hade kunnat tilldelas kontrakt. Även i annat fall hade bolaget kunnat lida eller riskerat att lida skada då förfrågningsunderlaget brustit i transparens och likabehandling enligt de grundläggande principerna för offentlig upphandling.

Universitetet motsätter sig bolagets talan och anför bl.a. följande. Upphandlingen har genomförts på ett korrekt sätt och i enlighet med såväl de grundläggande principerna som upphandlingslagstiftningen i övrigt. Tilldelningen har skett enligt den utannonserade utvärderingsmodellen och i enlighet med lagstiftningens krav. I anbudsinbjudan har grunderna för tilldelning av kontrakt samt hur universitetet avsåg att genomföra utvärderingen tydligt redovisats.

Valet av grund för tilldelning ligger hos den upphandlande myndigheten. Den upphandlande myndigheten har i princip möjlighet att fritt välja utvärderingskriterier under förutsättning att det inte medför att den upphandlande myndigheten ges en obegränsad valfrihet vid tilldelning av kontrakt. Universitetet har i den valda modellen medvetet lagt vikt vid kvalitet. Universitetet är ett av norra Europas högst rankade lärosäten där kvalificerad forskning och utbildning bedrivs. Den filmproduktion som upphandlas är av marknadsföringskaraktär där syftet bl.a. är att rekrytera studenter samt locka publik till olika evenemang. Det är viktigt att den valda leverantören

kan leverera filmproduktion av hög kvalitet. Den valda utvärderingsmodellen uppfyller de grundläggande principerna så väl som övrig upphandlingslagstiftning. Det finns inga formkrav för hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad. Den upphandlande myndigheten har inte heller någon plikt att rättfärdiga en preferens på ekonomiska grunder. Upphandlingen hade således varit i enlighet med regelverket även om universitetet enbart beaktat kvalitet. Priset har haft en avgörande betydelse i upphandlingen för det fall att flera anbud erhållit samma kvalitetspoäng. Att som leverantör offerera ett högt pris kan således innebära att leverantören blir placerad efter en annan leverantör med samma kvalitetsutvärdering. Eftersom ingen leverantör känner till någon annan leverantörs anbudspris är det således rimligt att varje leverantör som är intresserad av att få sitt anbud antaget anger ett så förmånligt pris som möjligt.

Någon skada har inte orsakats bolaget. Universitetet har inte kunnat anta bolagets anbud då kvalitetsutvärderingen innebar att bolaget endast hade tredje högsta kvalitetspoängen och därför inte kommit i fråga för en prisutvärdering. Bolaget har inte heller offererat något av de lägsta priserna i upphandlingen och skulle därför inte heller ha kunnat komma i fråga om en annan upphandlingsmodell, såsom lägsta pris, valts.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. I 16 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna om ickediskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande 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.

Av 12 kap. 1 § LOU framgår att en upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom bl.a. pris och kvalitet. En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer tillämpas.

Den upphandlande myndigheten får vid valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet välja de kriterier som den ämnar tillämpa under förutsättning att de syftar till att möjliggöra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet fastställs och att de inte medför att den upphandlande myndigheten ges en obegränsad valfrihet när den tilldelar en anbudsgivare ett kontrakt (se t.ex. Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål nr 126-14).

Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds förnär (RÅ 2002 ref. 50)

Utredningen i målet

Av punkten 4.9 i anbudsinvitan för upphandlingen framgår bl.a. att anbudsgivarna ska som arbetsprover lämna in tre filmproduktioner som leverantören levererat till kund under år 2014/2015. Av punkten 5 framgår bl.a. följande. De anbud som kvalificeras och uppfyller samtliga skall-krav

utvärderas enligt principen ”ekonomiskt mest fördelaktiga anbud”. Utvärderingen utförs i två steg, en kvalitetsutvärdering och en prisutvärdering. Kvalitetsutvärderingen genomförs genom att de inlämnade arbetsproverna utvärderas med avseende på utförande i förhållande till syftet med och förutsättningar för produktionen, förmåga att väcka intresse hos betraktaren med avseende på innehåll och budskap, teknisk kvalitet samt kanalval. Proverna ges poäng i respektive område enligt en skala på 1 – 5 där 1 motsvarar dåligt och 5 motsvarar utmärkt. En totalsummering görs för de tre arbetsproverna och den anbudsgivare som erhåller högst totalpoäng går vidare till prisutvärderingen. Om två anbudsgivare fått samma högsta totalpoäng kommer den anbudsgivare med lägst totalsumma i prisbilagan antas som leverantör. Annars antas den anbudsgivare som fått högst totalpoäng i kvalitetsutvärderingen.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om det finns skäl att ingripa enligt LOU mot upphandlingen med anledning av de grunder bolaget anfört.

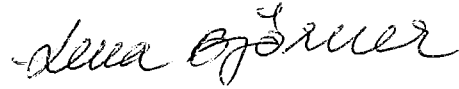
Förvaltningsrätten prövar inledningsvis om utvärderingsmodellen i sig varit utformad på ett sådant sätt att den strider mot LOU. En upphandlande myndighet har stor handlingsfrihet vid utformandet av utvärderingsmodeller och vid val av vilka kriterier som ska tillämpas. I den aktuella modellen är emellertid priset endast utslagsgivande om två anbud bedöms ha samma kvalitet. En bedömning av vad som utgör det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, d.v.s. det anbud som har det bästa förhållandet mellan kvalitet och pris, förutsätter att ett pris- eller kostnadselement ingår i bedömningen. Det kan visserligen antas att anbudsgivarna, i avsaknad av kunskap om övriga anbudsgivares prisnivå, i viss mån väljer att anpassa prisnivån för det fall att anbudet blir aktuellt för prisutvärdering. Utöver sådana incitament saknas det dock mekanismer i modellen som motverkar att ett anbud som håller

högst kvalitet men samtidigt ett orimligt högt pris antas. Någon egentlig avvägning mellan pris och kvalitet görs därmed inte i den valda modellen. Även om universitetet har rätt att lägga vikt vid kvalitet i utvärderingen måste det finnas tänkbara situationer där det mervärde som en hög kvalitet medför inte kan väga upp det offererade priset. Slutsatsen av det ovan anförda blir därmed att den valda utvärderingsmodellen inte syftar till att få fram det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Universitetet har därmed brutit mot LOU vid genomförandet av upphandlingen.

Utvärderingsmodellen skulle därmed rätteligen ha utformats på ett annat sätt. Det kan inte uteslutas att bolagets anbud skulle ha antagits om modellen varit annorlunda utformad. Det universitetet anför om att bolaget endast hade den tredje högsta kvalitetspoängen och inte heller något av de lägsta priserna kan inte ges en avgörande betydelse i detta avseende eftersom det inte kan säkerställas hur modellen annars skulle ha utformats, hur olika kriterier skulle viktats och hur detta skulle påverkat de olika bolagens anbud. Bristerna i utvärderingsmodellen har därmed lett till eller kunnat leda till att bolaget lidit skada.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att universitetet brutit mot 12 kap. 1 § LOU genom att välja en utvärderingsmodell som inte syftar till att få fram det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Detta har lett till att bolaget lidit eller riskerat att lida skada. Ansökan om överprövning ska därmed bifallas. Eftersom upphandlingen varit behäftad med en väsentlig brist som påverkat hela upphandlingen beslutar förvaltningsrätten att rättelse ska ske genom att upphandlingen görs om. Vid denna bedömning saknas det skäl för förvaltningsrätten att pröva om det även finns skäl för ingripande med hänsyn till vad bolaget i övrigt anför.

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



Lena Björner

rådman

Målet har handlagts av Alexander Adamsson.



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.

