



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Ann-Louice Jonsson

DOM
2019-01-21
Meddelad i Falun

Sida 1 (6)

Mål nr
4363-18

KONKURRENSVERKET	
2019-01-21	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Ohana Stockholm AB, 556822-4371
Renstiernas Gata 12
116 28 Stockholm

MOTPART

Region Gävleborg
801 88 Gävle

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 240234

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag–fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00–12:00
		www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se		13:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDE M.M.

Region Gävleborg genomför, genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), en upphandling av reklam- och kommunikationstjänster (RS 2017/1576). Region Gävleborg beslutade den 28 september 2018 att tilldela kontraktet till en annan leverantör än Ohana Stockholm AB (Ohana). Av tilldelningsbeslutet framgår att Ohana diskvalificerades efter utvärderingssteg 3 (presentation) med motiveringen att bolaget inte hade någon av de angivna konsulterna för rollen fotograf/filmare närvarande.

Ohana ansöker om överprövning och anför till stöd för sin ansökan i korthet följande. Samtliga konsulter som deltog i framtagandet av Ohanas referensuppdrag närvarade vid presentationen. Annat framgår inte av upphandlingsdokumenten än att det är den arbetsgrupp som efterfrågas i punkten 4.4 i upphandlingsdokumenten som definierar formerna för presentationen. Beslutet att diskvalificera Ohanas anbud är felaktigt då Region Gävleborg inte tydligt har angett att de kompetenser som nämns under punkten 3.6.1 i upphandlingsdokumenten ska närvara vid presentationen.

Region Gävleborg bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för rättens prövning

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter den grundar sin talan på (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten har således att pröva om det på grundval av vad Ohana har anfört är visat att Region Gävleborg brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada (20 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Vad parterna anför

Ohana anför bl.a. följande. Av upphandlingsdokumenten framgår att Ohana självt ska berätta vilka kompetenser som ingår i uppdraget (punkten 3.8). Det ifrågasätts varför bolaget ska ha med en filmare i presentationen när sådan inte ingår i de kompetenser bolaget valt för att på bästa sätt lösa uppgiften. I upphandlingsdokumenten nämns ingenting om vad Region Gävleborg definierar som arbetsgrupp vid presentationsmötet (jfr punkterna 1.4.1, 1.6, 2.4 och 3.1). Ohana har i enlighet med kravet i punkten 3.6.1 angett två konsulter per efterfrågad kompetens och bifogat CV för dessa. I den aktuella punkten nämns ingenting om att detta skulle vara den arbetsgrupp som också deltar vid presentationen. Inte heller i punkten 3.7 nämns någonting om arbetsgruppen vid presentationsmötet. Region Gävleborg har i punkten 3.8 beskrivit förutsättningarna för arbetsprovet och däri angett att anbudsgivaren ska berätta om tillvägagångssätt, hur arbetsgruppen organiseras och vilka kompetenser som ingår i denna. Ohana hade samtliga konsulter som deltagit i framtagandet av referensuppdraget närvarande vid presentationen. Det är den arbetsgrupp som efterfrågas i punkten 4.4 som definierar formerna för presentationen. Något annat framgår inte av upphandlingsunderlaget. Det framgår inte av upphandlingsdokumenten att referensuppdraget ska innehålla en filmisk eller fotografisk lösning. Ohana har istället använt sig av befintliga bilder i ett manér och animerat filmer med hjälp av dessa befintliga bilder. Ohana

har föreslagit filminslag, men då baserat på att Region Gävleborgs egen personal ska filma och ladda upp materialet på en server, varefter Ohana redigerar materialet och skickar ut filmerna i sociala medier. Beslutet att diskvalificera Ohanas anbud är felaktigt då Region Gävleborg inte tydligt angett att kompetenser som nämns under punkten 3.6.1 i upphandlingsdokumenten ska närvara. Ohana har lidit skada genom att diskvalificeras.

Region Gävleborg anför bl.a. följande. I punkten 4.4 i upphandlingsdokumenten anges att samtliga konsulter som ingår i arbetsgruppen ska närvara vid presentationen. Begreppet ”arbetsgrupp” syftar till den arbetsgrupp bestående av de roller som tydligt definieras i punkten 3.6.1. Vid utvärderingen av steget Presentation noterades det att Ohana inte haft samtliga konsulter som erbjudits under punkten 3.6.1 närvarande. För rollen fotograf/filmare fanns ingen av de angivna konsulterna närvarande, däremot fanns en annan konsult närvarande med rollen ”film, digital kommunikation och motion design”. Denna konsult hade inte angetts under någon av de angivna rollerna i 3.6.1, och var således inte en del av det inlämnade anbudet. Ohana uppfyller därmed inte de krav som ställts för utvärderingssteget Presentation och bolaget diskvalificerades därför från vidare utvärdering. Den omständigheten att det i punkten 3.8 anges att leverantören ska uppge hur arbetsgruppen ska organiseras och vilka kompetenser som ingår i denna ger inte definitionen av ”arbetsgruppen” som angetts i p. 3.6.1 någon annan betydelse än vad som där anges. Formuleringen i punkten 3.8 syftar till att leverantören ska ha resonerat kring organisationen av roller, samt att färre/ fler kompetenser kan komma på tal vid genomförandet av en stor kampanj. Leverantörerna ombeds att berätta om deras resonemang avseende detta som en del av arbetsprovet de lämnade in i samband med anbudslämning. Detta måste särskiljas från vad som ställts som krav vid genomförandet av utvärderingssteget Presentation. Ohana har föreslagit filminslag i sitt

arbetsprov utan att använda sig av någon fotograf/filmare. Istället menar Ohana att det avsett att använda Region Gävleborgs egen personal för att genomföra tjänsten att filma, en tjänst som efterfrågas i upphandlingsdokumenten. Upphandlingsdokumenten innehåller ingen information om Region Gävleborgs egen personal i förhållande till leverantörens arbetsprov, varför det är underförstått att arbetsprovet ska utföras av leverantören. Några frågor avseende definitionen av ”arbetsgruppen” har inte inkommit under anbudstiden, vilket tyder på att leverantörerna förstått innebörden av begreppet.

Förvaltningsrättens bedömning

LOU ger inte närmare besked om hur upphandlingsdokumenten ska vara utformade eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kommer till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna om krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Högsta förvaltningsdomstolen har bl.a. uttalat att upphandlingsdokumenten ska vara så klart och tydligt utformade att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, men att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även upphandlingsdokument och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte överträds (se rättsfallet RÅ 2002 ref. 50).

I de krav på tjänsten som formulerats i punkten 3.1 i upphandlingsdokumenten anges att beställaren har behov av konsultstöd avseende bl.a. produktion av film. I punkten 4.4 föreskrivs att samtliga konsulter som ingår i arbetsgruppen ska närvara vid presentationen. Vad som avses med begreppet ”arbetsgrupp” finns inte närmare angivet under denna punkt. Däremot förekommer begreppet på flera andra ställen i

upphandlingsdokumentens avsnitt 3 (Krav på tjänsten). Av punkten 3.6.1 (Arbetsgrupp avseende erbjudna resurser – krav på kapacitet, erfarenhet och kompetens) kan utläsas att anbudsgivaren ska bifoga en arbetsgrupp bestående av de roller som anges i denna punkt och att arbetsgruppen ska bestå av konsulter som de facto kommer att arbeta med uppdrag från beställaren om denne blir tilldelad avtalet. Bland de roller som räknas upp i den aktuella punkten återfinns fotograf/filmare. Mot bakgrund av att det i punkten 4.4 i upphandlingsdokumenten inte ges någon annan förklaring till vad som avses med begreppet ”arbetsgrupp” måste punkten enligt förvaltningsrättens mening förstås på det vis att den syftar till den arbetsgrupp som anbudsgivaren ska erbjuda enligt punkten 3.6.1.

Skrivningen i punkten 4.4 kan enligt förvaltningsrättens mening inte heller uppfattas på annat sätt än att det är ett obligatoriskt krav på att samtliga de konsulter som ingår i den arbetsgrupp som anbudsgivaren erbjudit och bifogat i enlighet med kravet i punkten 3.6.1 i upphandlingsdokumenten ska närvara vid presentationstillfället. I målet är ostridigt att inte någon av de konsulter som Ohana erbjudit i rollen som fotograf/filmare enligt punkten 3.6.1 funnits med vid presentationsmomentet. Region Gävleborg får vid dessa förhållanden anses haft fog för att diskvalificera bolaget från vidare utvärdering på det sätt som skett.

Förvaltningsrätten anser sammantaget att det inte finns skäl för ingripande enligt LOU med anledning av vad Ohana har anfört. Ansökan om överprövning ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Sofia Lund
förvaltningsrättsfiskal



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.