



**SÖKANDE**

Nowa Kommunikation AB, 556693-2603

Ombud: Advokaterna Sophia Spala och Emily Tomas da Costa  
Setterwalls Advokatbyrå  
Box 1050  
101 39 Stockholm

**MOTPART**

Luleå tekniska universitet  
971 87 Luleå

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling; LOU

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2019-01-28	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Nowa Kommunikation AB:s ansökan om överprövning.

---

## **BAKGRUND**

Luleå Tekniska Universitet (LTU) har vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal avropat tjänsterna traditionell rådgivning, bokning, planering och uppföljning av kampanjer samt rådgivning utöver detta, marknadsundersökningar, kvalificerade målgruppsanalyser m.m. Enligt tilldelningsbeslut den 10 oktober 2018 har LTU beslutat att teckna leveranskontrakt med Vizeum Sverige AB.

## **YRKANDEN OCH INSTÄLLNING**

Nowa Kommunikation AB ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering genomförs med beaktande av bolagets anbud. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen görs om.

LTU anser att ansökan om överprövning ska avslås.

## **VAD PARTERNA FRAMFÖR**

### **Nowa Kommunikation AB**

Nowa Kommunikation AB framför sammanfattningsvis följande. LTU har åsidosatt de grundläggande principerna om likabehandling och transparens i 4 kap. 1 § LOU genom att på ett väsentligt sätt avvika från villkoren i Kammarkollegiets ramavtal avseende mediebyråtjänster.

LTU har vidare agerat i strid med bestämmelserna i 16 kap. 7 § LOU, genom att förkasta bolagets anbud trots att det inte är onormalt lågt och trots att bolaget lämnat en tillfredsställande förklaring till anbudspriset. Detta har medfört att bolaget lidit skada. Upphandlingsdokumenten har i vart fall varit

så bristfälligt utformade att bolaget inte har kunnat förstå vad som premieras och efterfrågas och därmed inte kunnat utforma ett konkurrenskraftigt anbud.

Bolagets anbud förkastades med hänvisning till att anbudspriset föreföll onormalt lågt och för att bolaget i sin prisförklaring tänkt sig ett annat upp-lägg gällande hur tjänsten skulle faktureras. Enligt LTU var bolagets anbud inte jämförbart med övriga anbud eftersom priset inte speglade den faktiska kostnaden. Bolaget hade offererat ett anbudspris på 264 250 kr medan den vinnande leverantören offererat ett anbudspris på 326 500 kr.

Bolaget har lämnat pris såsom anges i anbudsformuläret. I sin förklaring av priset har bolaget framfört att den avser behålla mediaprovisioner. Genom att förkasta bolagets anbud har LTU avvikit från ramavtalet

I den av bolaget inlämnade prisförklaringen framgår endast att bolaget avser att behålla mediaprovisioner, vilket ligger helt i linje med vad som anges i ramavtalsvillkoren. I ramavtalet framgår att den avropsberättigade och ramavtalsleverantören får komma överens om sådant. Bolagets anbud är en offerert om att ingå en sådan överenskommelse.

Formerna för det sätt en sådan överenskommelse ska ske är emellertid oreglerad i ramavtalet, liksom på viken parts initiativ en sådan överenskommelse får ske. Bolagets offerert har mot den bakgrunden rymts inom ramavtalsvillkoren och följaktligen även inom villkoren för upphandlingen. LTU:s påstående om att en kvalificering av bolagets anbud hade riskerat att utgöra en tillåten väsentlig ändring av förutsättningarna i upphandlingarna, är därmed direkt felaktigt.

Bolaget har dessutom varit befintlig leverantör till LTU i närmare åtta års tid, baserat på bl. a. Kammarkollegiets ramavtal avseende medieförmedlingstjänster daterat den 1 juni 2014. Det tidigare ramavtalet avser motsvarande typ av tjänster som nu upphandlas och det är i princip samma skrivning gällande ersättning från medier i det ramavtalet, med undantag för att det inte öppnar upp för någon överenskommelse mellan avropande myndighet och leverantör avseende sådan ersättning. I det gamla ramavtalet anges att ”samtliga ersättningar från media, oavsett benämning (såsom exempelvis medierabatter samt provision...) ska direkt tillbaka till avropare/beställare”. Trots denna skrivning har det under åtta års tid förekommit en uttalad praxis mellan bolaget och LTU att bolaget äger rätt att vid leveranser under ramavtalet behålla mediaprovisioner.

Mot denna bakgrund samt mot bakgrund av att det dessutom i aktuellt ramavtal förtydligas att den avropsberättigade myndigheten och leverantören har möjlighet att komma överens om att mediaprovisionen ska behållas av leverantören är det knappast anmärkningsvärt att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudslämnare utgår från att LTU nu tar höjd för denna praxis i upphandlingen. I vart fall måste LTU ha förstått – eller borde ha förstått – att bolaget kunnat tolka bestämmelsen i enlighet med den praxis som förekommit i befintlig ramavalsrelation och följaktligen haft en skyldighet att i anbudsformuläret klargöra att så inte är fallet.

Eftersom bolagets anbud uppfyller samtliga krav i punkten 9.5.2 i ramavtalet och inget annat uttryckligen framgår av anbudsformuläret så har bolaget därmed uppfyllt samtliga obligatoriska krav i upphandlingen och anbudet skulle rätteligen har utvärderats.

Om det i upphandlingen inte hade varit tillåtet för anbudsgivare att offerera ett upplägg som uttryckligen är tillåtet enligt ramavtalet borde detta ha fram-

gått explicit av anbudsformuläret. Så har emellertid inte varit fallet och bolaget har tvingats göra egna antaganden beträffande hur anbudet skulle utformas och vad som premieras i upphandlingen. Anbudsformuläret är då så bristfälligt utformat att det ger utrymme för flera tänkbara tolkningar. Detta har resulterat i att vissa anbudsgivare haft tur vid anbudskvalificeringen medan andra anbudsgivare, såsom bolaget, haft otur.

Det är inte heller anbudsgivarens skyldighet att undanröja otydligheter som den upphandlande myndigheten själv orsakat. Det är tvärtom den upphandlande myndigheten som ska utforma upphandlingsdokumenten på ett förutsebart och öppet sätt så att varje anbudsgivare kan lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Bolaget har utformat sitt anbud på grundval av upphandlingsdokumenten, såväl anbudsformuläret som ramavtalet inklusive bakomliggande upphandlingsdokument. Att punkten 5.5 skulle bidra till att klargöra den avgörande otydligheten på sätt som LTU nu framfört är för bolaget svårbegripligt. Bolagets anbud är inte att betrakta som onormalt lågt med hänsyn till vilket marknadspris och vilken produktionskostnad som gäller för den aktuella tjänsten. Det är endast tre leverantörer som har lämnat anbud i upphandlingen och det går inte att dra några slutsatser utifrån en ren jämförelse mellan anbuden.

#### **LTU**

LTU framför sammanfattningsvis följande. LTU vidhåller sin bedömning att Nowa Kommunikation AB:s anbud är att anse som onormalt lågt och att den förklaring som bolaget framställt inte är godtagbar. Anbudet har därmed rätteligen förkastats.

I sin ansökan har bolaget angett att det offererat ett anbudspris på

264 250 kr. Detta stämmer inte överens med uppgifterna i anbudsformuläret. LTU har i avropsförfrågan efterfrågat två prisuppgifter som ligger till grund för utvärderingen. 1. Byråarvode i procent, och 2. Timpris för övriga tjänster. Bolaget har i sitt anbud gett följande priser. 0 procent i byråarvode och 485 kronor per timme för övriga tjänster. Detta ger enligt upphandlingens utvärderingsmall ett utvärderingspris på 24 250 kr. LTU har därför bedömt att bolagets anbud är onormalt lågt och begärt en förklaring till priset.

Nowa Kommunikation AB har förklarat att anbudspriset är baserat på ett antagande om att bolaget i samråd med LTU erhåller mediebyråprovisionen. Bolaget har grundat sitt antagande på att det tidigare funnits en sådan överenskommelse med LTU. Oavsett om det tidigare har funnits en överenskommelse under tidigare avtalsperiod eller inte så är en tidigare överenskommelse inte relevant för den nya upphandlingen. Det är upphandlingsdokumenten i den nuvarande upphandlingen som styr villkoren för det kommande avtalet.

I Kammarkollegiets ramavtal finns möjlighet för en avropande myndighet och ramavtalsleverantör att avtala om att ersättning från medier ska hanteras på annat sätt än att den tillfaller den avropande myndigheten. Dock måste formuleringen i Kammarkollegiets ramavtal tolkas så att ersättning som huvudregel ska tillfalla den avropande myndigheten och endast i undantagsfall hanteras på annat sätt. I LTU:s avropsförfrågan framgår inte att ersättningar ska hanteras på något annat sätt än vad som angetts i ramavtalet. Avropsförfrågan bör därför tolkas så att ersättningen enligt huvudregeln ska tillfalla LTU.

En motsatt tillämpning – dvs. att LTU skulle godta Nowa Kommunikation AB:s förklaring till det låga priset och sedan sluta överenskommelse om andra priser än den modell som angetts avropsförfrågan skulle strida mot

transparensprincipen enligt LOU. Att LTU i efterhand skulle komma överens med leverantören om en prismodell som inte explicit framgår av avropsförfrågan kan också anses strida mot reglerna om otillåtna ändringar enligt LOU vilken gör att en tolkning av avtalet som bolaget angett i sin ansökan får orimliga konsekvenser.

LTU kan inte bedöma anbudspriset på andra uppgifter än de som angetts i anbudsformuläret, särskilt då beräkningen endast utgör ett uppskattat värde. LTU kan heller inte godta förklaringen till anbudspriset då LTU bedömer att det inte kommer att vara möjligt för Nowa Kommunikation AB att leverera i enlighet med avtalet till de priser som angetts i anbudsformuläret. Detta innebär att bolagets anbud rätteligen förkastats då det är onormalt lågt.

Det föreligger vidare ingen skyldighet för LTU att klargöra att ”tidigare praxis” inte längre gäller, oavsett om en sådan praxis funnits eller inte. Upphandlingsföremålet och villkoren framgår av upphandlingsdokumenten, vad som gällt i andra avtal eller inte är inte gällande för den nya avtalsperioden.

LTU har inte explicit motsatt sig ersättningar såsom mediabyråprovision i avropsförfrågan men mycket i upphandlingsdokumenten talar för att sådan ersättning ska tillfalla LTU, däribland skrivningen i Kammarkollegiets avtal samt t.ex. formuleringen i avropsförfrågan under punkt 5.5: ”*Följande priser ska gälla vid beställning av tjänst: 1. Byråarvode, 2. Timersättning.*”

Det åligger dock inte endast den upphandlande myndigheten att i avropsförfrågan täcka varje tänkbar situation. Det åligger även anbudsgivarna, som är sakkunniga på området, att ställa kompletterande frågor om de upptäcker brister i dokumenten. LTU anser att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare hade ställt en kompletterande fråga under annonseringen till LTU om myndighetens inställning till att träffa en sådan överenskommelse.

Att det saknas en särskild skrivning i avropsförfrågan om att LTU inte kommer att ingå överenskommelse om ersättning utanför det som framgår av avropsförfrågan, innebär inte att upphandlingsdokumenten är så bristfälliga att upphandlingen måste göras om.

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet är om LTU brutit mot LOU genom att förkasta Nowa Kommunikation AB:s anbud.

Av punkt 9.5.2 i Kammarkollegiets ramavtal framgår följande:

- Ersättning från medier  
All ersättning från medierna ska oavkortat gå till Avropsberättigad, i de fall där inget annat är överenskommet mellan Avropsberättigad och Ramavtalsleverantör.

Av upphandlingsdokumentet (krav på tjänsten) punkt 3.4 framgår bl.a. följande angående byråarvodet.

- Två prisuppgifter ska lämnas
  1. Byråarvode i procent men angivet som totalbelopp av det uppskattade arvoderade bokföringsvärdet om 8 000 000 SEK per år.  
Exempel på anbud Leverantör A:
    1. Leverantör A ämnar lämna ett anbud på byråarvode om 4 % och räknar om detta till ett totalbelopp utifrån värdet 8 000 000 SEK. Leverantör A:s anbud blir då 320 000 SEK (4 % av 8 000 000).  
Byråarvode = 4 %

Av upphandlingsdokumentet (övriga villkor) under punkten 5.5 följande:

- Följande priser ska gälla vid beställning av tjänst:  
Byråarvode: x %  
Timersättning: x SEK



Förvaltningsrätten anser att formuleringen i Kammarkollegiets ramavtal inte kan tolkas på annat sätt än att ersättning – som huvudregel – ska tillfalla LTU och endast efter överenskommelse med LTU hanteras på annat sätt. Inte heller av LTU:s avropsförfrågan framgår att ersättningar ska hanteras på något annat sätt än vad som angetts som huvudregel i ramavtalet. Någon överenskommelse med LTU finns ostridigt inte. LTU har inte angett i förfrågan att det kommer att nyttja möjligheten i ramavtalet att frånga huvudregeln, tvärtom framgår tydligt av avropsförfrågan hur LTU avsett att priset ska räknas fram och anges. Avropsförfrågan kan därför inte tolkas så att ramavtalsleverantören kan utgå från att han ska få tillgodogöra sig ersättning från medierna och ange pris utifrån det. Vad Nowa Kommunikation AB anfört om tidigare avtalsförhållande med LTU ändrar inte denna bedömning.

Som framgår av Nowa Kommunikation AB:s förklaring till det låga anbudspriset har bolaget räknat med att medieprovisioner kommer att tillfalla bolaget. Nowa Kommunikation AB har alltså inte avgett prisuppgift på det sätt som förutsätts i avropsförfrågan. Enligt förvaltningsrättens bedömning har därför LTU rätteligen bedömt att anbudet inte kan jämföras med övriga anbud och därmed ska förkastas. Eftersom det inte har framkommit att LTU har brutit mot LOU saknas grund för ingripande mot upphandlingen. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Överklagandet ska ges in till Förvaltningsrätten i Luleå men vara ställt till Kammarrätten i Sundsvall. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Eva Beselin

Rådman

Carola Andersson har föredragit målet.



## 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 nyårsafton, 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 avvisar 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](http://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.

