



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Enhet 2

DOM
2012-05-03
Meddelad i
Linköping

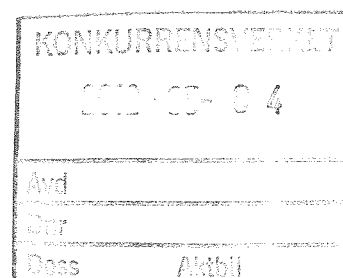
Mål nr
1521-12

SÖKANDE

CMA Research AB, 556525-4256
Ågatan 31
582 22 Linköping

MOTPART

AB Östgötatrafiken, 556038-8950
Box 1550
581 15 Linköping

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling av vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att Östgötatrafikens upphandling dnr. 2011/0442 avseende kund- och marknadsundersökningar ska rättas på så sätt att anbudet lämnat av WSP Sverige AB inte ska beaktas.

Dok.Id 79180

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 10 00

E-post:
forvaltningsrattenilinkoping@dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

AB Östgötatrafiken (Östgötatrafiken) genomför en upphandling av kund- och marknadsundersökningar, diarienummer 2011/0442. Upphandlingen genomförs som öppen upphandling. Kontrakt kommer att tilldelas det anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt utifrån utvärderingskriterierna prispoäng och referenspoäng.

Av tilldelningsbeslut den 28 februari 2012, jämte bilagd utvärderingsrapport, framgår bl.a. att samtliga sex anbudsgivare bedömdes uppfylla skallkraven och att kontraktet tilldelats WSP Sverige AB (WSP). Av beslutet framgår vidare att CMA Research AB (CMA) rankades som nummer två.

CMA ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand rättelse och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Östgötatrafiken motsätter sig bifall till CMA:s ansökan.

WSP har beretts tillfälle att yttra sig i målet.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

CMA

Östgötatrafiken har vid prövningen av lämnade anbud frångått förfrågningsunderlagets skallkrav avseende innehav av en lokalt, i Östergötlands län, placerad fältorganisation samt en befintlig upparbetad webbpanel. Detta strider mot upphandlingslagstiftningens grundläggande principer om transparens och förutsägbarhet. Kontraktet har tilldelats ett företag som på felaktiga grunder kvalificerats för deltagande i utvärderingen. CMA har därmed lidit skada.

Lokalt placerad fältorganisation

I avsnitt 5 i förfrågningsunderlaget ställs krav på att anbudsgivaren ska inneha en lokalt, i Östergötlands län, placerad fältorganisation. I avsnitt 6.4 krävs att anbudsgivare i anbudet redovisar hur företaget avser att tillgodose detta krav. Av avsnitt 2.7 i modellavtalet framgår att leverantören ska ha en lokalt placerad fältorganisation i egen regi. Medan upphandlingen pågick besvarade Östgötatrafiken en fråga om det var tillåtet att använda underleverantörer för den lokalt placerade fältorganisationen med att denna måste vara i egen regi och får inte tillhandahållas av underleverantör. Genom förfrågningsunderlaget, modellavtalet och det senare publicerade klagörandet framgår således att en anbudsgivare i egen regi skall ha en lokalt placerad fältorganisation samt att denne inte får tillhandahållas genom en underleverantör. WSP:s anbud uppfyller inte skullkravet att i egen regi inneha en lokalt placerad fältorganisation. Dels saknar WSP i nuläget en sådan fältorganisation, dels avser de att anlita en underleverantör, Academic Work, för att rekrytera en fältorganisation. Östgötatrafiken hävdar att det är tillräckligt att visa att en sådan fältorganisation kommer att finnas vid avtalets ikraftträdande. Även med denna avsedda definition, som dessutom då borde ha tydliggjorts i förfrågningsunderlaget, kan inte WSP sägas ha uppfyllt kravet. WSP har angett att ”om studien kräver lokal fältpersonal ser projektledaren till att det rekryteras från Academic Work”, det vill säga en hänvisning längre fram i tiden än till avtalet ikraftträdande och dessutom utan att klargöra hur de kan säkerställa att de kommer att förfoga över nödvändiga resurser.

Upparbetad webbpanel i egen regi

I avsnitt 5 i förfrågningsunderlaget ställs även krav på att anbudsgivaren ska inneha en befintlig upparbetad webbpanel som uppfyller kraven i modellavtalet. I modellavtalet avsnitt 2.2.2 skrivs att leverantören ska ha en befintlig upparbetad webbpanel bestående av minst 2 000 personer boende i Östergötland. Medan upphandlingen pågick besvarade Östgötatrafiken en

fråga om det var tillåtet att använda underleverantörer för webbpanelen med att denna måste vara i egen regi och får inte tillhandahållas av underleverantör. WSP:s anbud uppfyller inte kravet på en befintlig webbpanel i egen regi. WSP anlitar en underleverantör, CINT, för att få tillgång till en webbpanel.

CINT tillhandahåller ett panelverktyg där CMA och andra leverantörer kan lägga sina webbpaneler, varifrån man sedan kan beställa undersökningar. CINT har inga egna paneler utan administrerar paneler till olika panelinnehavare. CMA har byggt upp en egen panel vilken de har valt att lägga i CINT:s verktyg tillsammans med många andra paneler. Verktyget används för att administrera utskick, tillhandahålla belöningar till panellister m.m. CMA har direkt kontroll och ett bestämmande inflytande över sin egen panel. Andra aktörer som använder CINT kan be att få använda CMA:s panel, vilket CMA kan välja att acceptera eller inte. Användaren har då inget bestämmande inflytande över marknadsundersökningsprocessen. WSP har, till skillnad från CMA, ingen panel i egen regi utan beställer sina undersökningar i CINT:s verktyg, från CMA:s och andra paneler. WSP saknar således en webbpanel som de har bestämmande inflytande över. Det är inte panelverktyget CINT som sådant som CMA ifrågasätter utan att WSP och andra behöver CMA:s och andras paneler som underleverans för att kunna genomföra undersökningarna. CMA har rekryterat flera panellister till sin egen panel enbart för att vara säkra på att uppfylla Östgötatrafikens skallkrav.

Östgötatrafiken

Östgötatrafiken har inte frångått de i förfrågningsunderlaget uppställda skallkraven. Skallkraven är inte heller oproportionerliga, diskriminerande eller på annat sätt konkurrensbegränsande i strid med grundläggande upphandlingsrättsliga principer.

Lokalt placerad fältorganisation

Kravet innebär inte att den lokalt placerade fältorganisationen nödvändigtvis behöver finnas tillgänglig vid tiden för tilldelningsbeslutet. Det räcker med att denna finns tillgänglig vid avtalsstarten. En alltför snäv tolkning av detta skullkrav skulle innebära en geografisk begränsning av möjliga leverantörer vilket står i strid med LUF.

WSP har, i sitt anbud jämte komplettering, angivit att man avser att etablera sådan lokalt placerad fältorganisation och för detta använda rekryteringsföretaget Academic Work för rekrytering av personal. Östgötatrafiken har därmed gjort bedömningen att WSP uppfyller skullkravet. Östgötatrafiken har, vid bedömning av skullkravets uppfyllande, inte tagit med faktorer som huruvida anbudsgivare kan komma att behöva rekrytera ny personal under avtalstiden och om detta sker genom den egna organisationen eller rekryteringsföretag.

Upparbetad webbpanel i egen regi

Östgötatrafiken vitsordar i och för sig det faktum att det som krav i upphandlingen uppställts att anbudsgivare skall ha en upparbetad webbpanel i egen regi. Östgötatrafiken begärde efter anbudstidens utgång in kompletterande förklaringar bl.a. från WSP då de inte beskrivit på ett tillräckligt belysande sätt hur de tänkt uppfylla skullkravet. WSP framförde då att man kommer att genomföra marknadsundersökningar i egen regi och att man för detta ändamål avser att använda sig av databasverktyget CINT där den begärda webbpanelen finns tillgänglig. Av WSP:s anbud framgår att webbpanelens sammansättning uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget. Avsikten med det uppställda kravet om upparbetad webbpanel i egen regi utan underleverantör har varit att anbudsgivaren skulle ha ett bestämmande inflytande över marknads- och kundundersökningsprocessen såtillvida att anbudsgivaren själv skulle ha ett eget ansvar för inhämtande av svarsunderlag för bearbetning och analys. Vilket verktyg som används för ända-

målet, om det avser eget eller annans databasverktyg, får anses ovidkommande. Östgötatrafiken tolkar CINT som ett verktyg eller en plattform för inhämtande av information. Åtminstone hälften av anbudsgivarna har uttryckligen angivit i sina anbud att man hämtar sitt svarsunderlag ur webbpaneler som tillhandahålls genom CINT, så även CMA. Östgötatrafiken har därför bedömt att samtliga som använder sig av, eller avser använda sig av CINT uppfyller kravet på webbpanel i egen regi. Östgötatrafiken saknar djupare kunskap och erfarenhet om användningen av CINT. Därefter torde ett krav på en upphandlande enhet, att avgöra huruvida en leverantör avser använda en eller flera webbpaneler i kombination för uppdraget, vem som "äger" en webbpanel eller hur dessa "ägs", få anses utgöra en sådan omständighet vilken går utanför vad som kan anses rimligt att kräva av den upphandlande enheten ska känna till.

CMA har i sin begäran om överprövning inte på något sätt kunnat visa att de kan anses lida skada eller kunna komma att lida skada.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Av avsnitt 5 i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. att anbudsgivaren tillsammans med anbudet ska lämna in intyg på att denne innehar en lokalt, i Östergötlands län, placerad fältorganisation samt en befintlig upparbetad webbpanel som uppfyller i modellavtalet ställda krav.

I avsnitt 6.4 i förfrågningsunderlaget anges bl.a. ett krav på att anbudsgivaren i anbudet redovisar hur företaget avser att tillgodose Östgötatrafikens krav på en lokalt placerad fältorganisation.

Enligt avsnitt 6.7 i förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren redovisa att samtliga villkor i modellavtalet jämte bilagor accepteras.

Av avsnitt 2.2.2 i modellavtalet framgår att leverantören ska ha en befintlig upparbetad webbpanel bestående av minst 2 000 personer boende i Östergötland, vilka ska motsvara ett snitt av den totala befolkningen i länet avseende ålder, kön, boendeform och geografisk spridning.

Enligt ett svar från Östgötatrafiken på en publik fråga ställd den 25 januari 2012 ska såväl webbpanelen som den lokalt placerade fältorganisationen vara i egen regi och får inte tillhandahållas genom underleverantör.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Av principerna om likabehandling, öppenhet och förutsebarhet följer att ett förfrågningsunderlag ska vara korrekt och fullständigt samt tydliggöra vilka kriterier och omständigheter som är avgörande för vilken anbudsgivare som kommer att tilldelas kontraktet.

CMA har gjort gällande att Östgötatrafiken frångått två av skallkraven genom att tilldela WSP kontraktet. WSP uppfyller, enligt CMA, varken kravet på att inneha en lokalt placerad fältorganisation i egen regi eller en befintlig webbpanel i egen regi.

Lokalt placerad fältorganisation

Östgötatrafikens förfrågningsunderlag innehåller ett krav på att anbudsgivaren ska inneha en lokalt, i Östergötlands län, placerad fältorganisation. Förfrågningsunderlaget anger inte från vilken tidpunkt kravet ska vara uppfyllt. Om inget särskilt anges i förfrågningsunderlaget ska skallkrav som huvudregel vara uppfyllda vid tiden för anbudsingivandet. Detta under förutsättning att det inte kan anses oproportionerligt att kräva kravuppfyllelse vid denna tidpunkt (se Kammarrättens i Göteborg dom i mål 26-12 den 5 april 2012).

Enligt förvaltningsrättens mening är det i den nu aktuella upphandlingen inte oproportionerligt att kräva kravuppfyllelse när anbuden ska lämnas in. Utredningen i målet får anses visa att WSP inte uppfyller kravet på lokalt placerad fältorganisation vid denna tidpunkt. WSP uppfyller inte heller kravet, som Östgötatrafikens förfrågningsunderlag måste anses innefatta, på att organisationen ska vara i egen regi.

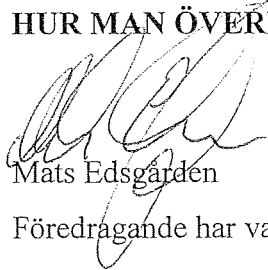
Upparbetad webbpanel i egen regi

I Östgötatrafikens förfrågningsunderlag, som förtydligats i svaret den 25 januari 2012, anges tydligt att webbpanelen ska vara i egen regi och att den inte får tillhandahållas genom underleverantör. WSP använder sig av CINT för att få tillgång till en webbpanel. WSP kan därmed inte sägas ha en egen webbpanel och uppfyller därmed inte heller detta skallkrav.

Val av åtgärd

Genom att anta WSP:s anbud trots att detta inte uppfyllt samtliga skallkrav har Östgötatrafiken brutit mot de grundläggande principerna i LUF. CMA, som placerades på andra plats i upphandlingen, har härigenom lidit skada. Grund för ingripande enligt LUF föreligger därmed. En utgångspunkt vid bedömningen av om en upphandling ska rättas eller göras om är att en mer ingripande åtgärd än vad som är nödvändigt inte bör tillgripas. Med hänsyn till att den brist som konstaterats endast hänför sig till att skallkrav inte uppfyllts, bör upphandlingen inte göras om utan istället rättas på så sätt att en ny utvärdering ska göras varvid WSP:s anbud inte ska beaktas.

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


Mats Edsgården

Föredragande har varit Eva Fredholm



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 offentlig part 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 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.