



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1
Maria Nyström

DOM
2010 -12- 17,
Meddelad i
Malmö

Mål nr
13653-10 E

Sida 1 (10)

SÖKANDE

Nowa Kommunikation AB, 556693-2603
Fabriksgatan 21
402 25 Göteborg

Ombud: Advokat Henrik Thyselius
Crusner Advokatbyrå AB
Hvitfeldtskatan 15
411 20 Göteborg

MOTPART

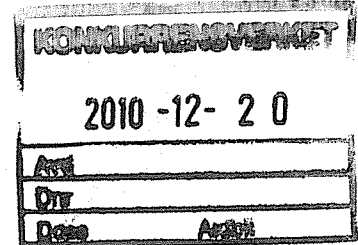
Region Skåne
291 89 KRISTIANSTAD

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.



YRKANDEN M.M.

Region Skåne (Regionen) genomför upphandling av Mediebyrå – avseende sådan återkommande övrig annonsering som ej är att beakta som del av kampanj, dnr 1000146. Upphandlingen genomförs med ett öppet förfarande enligt LOU.

Nowa Kommunikation AB (Nowa) har begärt överprövning av upphandlingen och yrkat i första hand att rättelse ska ske så att Carat Sverige AB (Carat) ska diskvalificeras och att Nowa ska åsättas totalt 11 kvalitetspoäng vid utvärderingen samt i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Rätten har den 18 oktober 2010 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Parternas argumentation

Nowa: Utvärderingen av anbuderna gick till på så sätt att anbudsgivarna poängsattes från 1-3 poäng i vardera två fiktiva uppdrag. För varje kvalitetspoäng som anbudsgivaren inte uppfyllde tilldelades dennes pris ett tillägg, 58 333 kr, till anbudsgivarens anbudspris. En summering av samtliga prispåslag medförde ett s.k. jämförelsetal. Anbudsgivaren med lägst jämförelsetal vann. Det hade räckt med att Nowa hade fått en kvalitetspoäng högre än Carat för att erhålla lägst jämförelsetal. Upphandlingsrapporten utvisar att poängsättningen vilar på vaga begrepp som svag, god och mycket god. Utvärderingsmodellen bygger helt och hållet på hur den upphandlande enheten uppfattar en skriftlig redogörelse av hur anbudsgivaren skulle lösa den fiktiva uppgiften. Poängsättningen är oerhört subjektiv, gränsande till godtycke. Vid en jämförelse mellan Nowas och vinnarens beskrivningar av de två fiktiva uppdragen har Regionen dessutom behandlat dessa på ett sätt som innebär att upphandlingen genomfördes i strid med principen om lika-

behandling och transparens. Poängtilldelningen med stöd av subjektiva bedömningar strider, trots att de varit begränsade av objektiva bestämda utvärderingskriterier, mot ovan nämnda principer. Carat har tilldelats högre poäng än de skulle ha fått. I fiktivt uppdrag 1, rekryteringsannonsering av bl.a. läkare till en vårdcentral i Broby (*regional marknadskunskap* och *kapacitet*), tilldelades Nowa 2 poäng och Carat 3 poäng. Nowa borde ha tilldelats 3 poäng eftersom deras anbud innehöll samma förslag som Carats, med avseende på medieval, regional koppling och räckvidd. Det kan särskilt noteras att Carat föreslog att Malmö, trots det inte obetydliga avståndet till Broby, skulle utgöra rekryteringsbas. Regionen kritiserade Nowas känsla för kostnadseffektivitet på grund av deras användning av affinitetspartners vid rekryteringsprocessen enligt det fiktiva uppdraget. Affinitetspartners är en del av affinitetsmarknadsföringen som tar ett steg bort från den traditionella massmarknadsföringen och utgör ett mer kostnadseffektivt sätt att kombinera kundens grupprelaterade och individens behov. Denna form av marknadsföring är enkelt uttryckt ett billigare sätt att nå ut med sitt meddelande. Det var således inte relevant att reducera Nowas poäng i denna del på grund av bristande känsla för kostnadseffektivitet. I fiktivt uppdrag 2, föräldrar med barn 7-16 år skulle nås med viss information, (*regional marknadskunskap*), tilldelades Nowa 2 poäng och Carat 3 poäng. Carats anbud avsåg föräldrar till barn 6 – 14 år. Carat avvek därigenom från förutsättningarna i upphandlingen. Skälet härtill angavs som att deras databasverktyg inte var tillräckligt finkänsligt för att kunna göra en målgruppsanalys på detta åldersintervall. Carat valde en enkel väg ut genom att ändra uppgiftens förutsättningar och fick på så sätt tillgång till empiriskt säkerställt underlag för medievanor inom denna målgupp. Underlaget kunde då på ett helt annat sätt, än för Nowa som höll sig inom de ramar som uppställts, användas som utgångspunkt för resonemang kring hur målgruppen skulle nås. Det databasverktyg som Carat använde sig av för att redovisa sitt förslag är detsamma som Nowa använder i sin verksamhet. Nowa led således samma brist på underlag för målgruppsanalysen, men valde att

redovisa lämpliga medieverk utifrån de angivna förutsättningarna. Nowas disciplin borde ha tillräknats bolaget vid poängsättningen genom att ha tilldelats 3 poäng istället för 2. Carat angav vidare att de ansåg det viktigt att säkerställa att man når ut till föräldrar i regionen och då särskilt mammor. Att mammor skulle vara en särskild målgrupp framgick inte av förfrågningsunderlaget och den fiktiva uppgiften. Carats avvikelse utgjorde en fundamental avvikelse från uppdragsbeskrivningen. Nowa anser att Carat borde ha diskvalificerats på grund av sin avvikelse från grundläggande förutsättningarna i upphandlingen. Regionen har genom att anta ett anbud som inte uppfyllde skall-kravet brutit mot de grundläggande principerna. Det förelåg i övrigt inga skillnader mellan Nowas och Carats lösning av uppgiften. I fiktivt uppdrag 2 (*kapacitet*), tilldelades Nowa 1 poäng och Carat 3. Nowa borde ha tilldelats 2 poäng av samma anledning som anförts ovan. – Regionen har formulerat ett förfrågningsunderlag som inte är tillräckligt tydligt eftersom det inte angav att det var tillåtet att förändra utvärderingskriterierna på så sätt som Carat tilläts göra. Att ett förfrågningsunderlag eller utvärderingsmodell inte är optimal utgör i sig inte brott mot de grundläggande principerna i LOU. I RÅ 2002 ref 50 har dock Regeringsrätten uttalat att förfrågningsunderlag eller utvärderingsmodeller får godtas om de uppfyller de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Nowa gör alternativt gällande att Regionens förfrågningsunderlag och utvärderingsmodell passerade den tillåtna gränsen. Upphandlingen ska därför göras om. Av bilaga 1 framgår att anbudsgivare skulle lösa det fiktiva uppdraget 2 som om Regionen inte hade ett avtal med medier om medierabatter. Nowa gör gällande att detta är ett skall-krav. Medierabatt är ett samlingsnamn på förhandlad rabatt, volymrabatt, repetitionsrabatt, reklamationsrabatt och kassarabatt. Carats anbud innehöll rabatter och lyckades på så sätt hålla sig inom den budget på 500 000 kr som angavs i förutsättningarna för uppdraget. Carat uppfyllde därigenom inte ett av skall-kraven vid upphandlingen och borde ha diskvalificerats. Upphandlingsrapporten anger enbart på vilket sätt utvärderingen ska gå till

och inte på vilket sätt utvärderingen faktiskt gick till. Nowa uppskattar att en omsättning på avtalet vid full förlängning skulle ha uppgått till 5-6 miljoner kr. Vid denna omsättning skulle Nowas vinst ha uppgått till ca 2 miljoner kr. Det är den skada som Nowa gör gällande att de skulle åsamkas genom det fel som begåtts i upphandlingen.

Regionen: Nowa anför att Regionen vid poängsättningen av de två fiktiva uppdragen åsidosatt principen om transparens och likabehandling. Det går inte att ge samma utvärderingspoäng till anbud som förhåller sig olika till det som angetts i utvärderings-/tilldelningskriterierna. Carat och Nowa har lämnat individuellt utformade anbud. Beskrivningarna av de fiktiva uppdragen som lämnats är inte identiska utan avviker från varandra i relativ stor omfattning, såväl vad avser utformning och presentation som till innehåll. Då anbuden inte är lika kan de heller inte beaktas på samma sätt i den bemärkelsen att de ska tilldelas lika poäng vid utvärderingen. Nowas påstående om att Carat och Nowas anbud avseende medieval, regional koppling och räckvidd varit lika är direkt felaktigt. Det framgår tydligt av de redogörelser som lämnats in av de båda anbudsgivarna, att anbuden är olika till såväl innehåll som till utformning. Nowa påstår att utvärderingen inte skett i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Grunden för detta påstående synes vara att Carat gjort det egna tillägget om att man ansåg det viktigt att nå ut till föräldrar i regionen och då särskilt mammor. Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivarna i sin beskrivning av de fiktiva uppdragen ska föra resonemang kring den regionala marknaden och kring arbetsmetoder och tillvägagångssätt. Det framgår också att goda resonemang kring aktuell målgrupp och lämpliga medieval kommer att bedömas positivt. Av Carats beskrivning framgår det tydligt att uttalandet om mammor är en del i ett resonemang kring såväl den aktuella målgruppen som kring Carats arbetsmetoder för att välja rätt media. Regionen har endast tagit hänsyn till de utvärderings-/tilldelningskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget, vilket tydligt framgår av upphandlings-

rapporten. I punkten 1.3 (*annan målgrupp*), Nowa utvecklar sitt påstående om att Carats redogörelse för fiktivt uppdrag 2 innefattat en uppdragsbeskrivning avseende en annan målgrupp än den som angetts i förfrågningsunderlaget och att de därför borde diskvalificeras. Skall-krav är krav som måste uppfyllas i kvalificeringsfasen. Anbudsgivare som uppfyller skallkraven kommer att gå vidare till utvärderings-/tilldelningsfasen i vilken anbudsgivarnas anbud utvärderas. I den mån ett kriterium i utvärderingsfasen inte uppfylls innebär det endast att anbudet ska erhålla viss poäng, oftast lägre, inte att anbudet kan eller får diskvalificeras. Vad gäller frågan om utvärderingen skett utanför den ram som ställts upp i utvärderings-/tilldelningskriterierna anser Regionen att Carat har lämnat uppdragsbeskrivning avseende fiktivt uppdrag 2 i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget. I sin beskrivning har de fört goda resonemang kring den aktuella målgruppen och visat prov på väl utarbetade arbetsmetoder. Som stöd för sitt resonemang har de använt statistiskt underlag avseende viss ålderskategori (6-14 år). Detta innebär inte att uppdraget avsetts utföras för denna ålderskategori utan endast att denna statistik använts som utgångspunkt i Carats resonemang och beskrivning av hur uppdraget avseende ålderskategori 7-16 år kan utföras. Hur uppdraget skulle utföras har av Carat således inte avsett annan ålderskategori än den som angetts i förfrågningsunderlaget. Detta framgår tydligt av Carats beskrivning avseende fiktivt uppdrag 2. Om den statistik som Carat hänför sig till är adekvat även för den ålderskategori som angetts i förfrågningsunderlaget är ytterst en bedömningsfråga som Regionen har att ta ställning till. Detta då denna användning av statistik speglar anbudsgivarens "arbetsmetoder och tillvägagångssätt", vilket som bekant utgör en del av det som ska utvärderas enligt förfrågningsunderlaget. Några ovidkommande hänsyn har inte tagits i förhållande till någon anbudsgivare och alla anbudsgivare har behandlats på ett korrekt och likabehandlande sätt. Regionen kan inte göra annat än att konstatera att förfrågningsunderlaget utformats på ett tydligt och för alla anbudsgivare lika sätt och att utvärderingen skett på ett korrekt och sakligt

sätt, helt i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget samt i enlighet med LOU och tillämpliga rättsprinciper. Nowa påstår att Carat i deras uppdragsbeskrivning avseende fiktivt uppdrag 2, (*uppdrag ska lösas som om Regionen inte har avtal med medier om medierabatt*) har lämnat rabatter på ett otillåtet sätt och att Carat därför borde diskvalificeras. Av skäl som redan anförts är utvärderingskriterierna inga skall-krav och det finns inte någon möjlighet eller skyldighet att diskvalificera en anbudsgivare som inte uppfyller utvärderingskriterierna. Den rabatt som Carat lämnat är ingen medierabatt som lämnas på grund av att Regionen har visst avtal med Lokaltidningen eller Hela Skåne. Utan rabatten avser förhandlad rabatt som lämnas t.ex. av Lokaltidningen och Hela Skåne mot bakgrund av de förutsättningar som gäller för uppdraget såsom budget, antal införanden, repetition, säsongindexering o.s.v. Vad gäller affinitetspartners är detta en bedömningsfråga. Även Nowa synes vara av uppfattningen att utvärderingen är förbehållen den upphandlande myndigheten. Vidare finner Regionen det märkligt att Nowa lyfter fram att de använder samma dataverktyg avseende samma mediemålgrupp som Carat använt sig av. Detta innebär att Nowa använt samma statistiska underlag som Carat, dock med den skillnaden att de inte redogjort för vilken statistik som använts. Slutsatsen är den att om upphandlingen skulle göras om skulle detta innebära att även Nowa skulle drabbas av lika stora poängavdrag som Carat. Även för det fall Nowa skulle få rätt i dessa delar skulle Nowa därför inte drabbas av någon skada med anledning av att de skulle få lika stort poängavdrag som Carat och heller inte bli den anbudsgivare som antas som leverantör i upphandlingen. Nowa riskerar inte drabbas av skada på grund av de eventuella brister som uppstått.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upp-

handlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget.

Enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande enhet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Länsrätten gör följande bedömning.

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Det följer av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

Diskvalificering

Av Regionens förfrågningsunderlag, sektion B p. 3, framgår att anbudsprövningen genomförs i två steg. Först sker en kvalificeringsfas i enlighet med p. 4-9, därefter en utvärdering mot uppställda bedömningskriterier i enlighet med p. 10. Fyra leverantörer har lämnat anbud, varav tre har uppfyllt de uppställda kvalificeringskraven och gått vidare till utvärderingsfasen. Det har i utredningen inte framkommit annat än att Carat har uppfyllt de uppställda kraven i kvalificeringskraven. När det gäller underlaget för utvärderingen av lämnade anbud anges i förfrågningsunderlagets kravspe-

cifikation under punkten 6 att "Anbudsgivaren skall åskådliggöra sin regionala marknadskunskap och kapacitet genom att utföra två fiktiva uppdrag. Utförandet av dessa uppdrag skall spegla anbudsgivarens rutiner och resurser för den aktuella typen av ärende." Med hänsyn till arten av de uppdrag som ska upphandlas ligger det enligt förvaltningsrättens mening i sakens natur att stora variationer kan förekomma i anbudsgivarnas presentationer. Det kan inte anses ha framkommit att Carat inte följt förutsättningarna som sådana för utformning av sitt anbud. Någon grund för att utesluta detta anbud från utvärdering har således inte visats föreligga. Denna bedömning gäller även de uttalanden rörande rabatter som förekommit.

Förfrågningsunderlagets innehåll / Utvärderingsmodellen

Enligt förfrågningsunderlaget kommer Regionen att anta det anbud som uppfyller ställda krav och som bedöms vara det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till de fiktiva uppdrag 1 och 2 samt pris. Anbudsgivaren ska dela upp svaren i de fiktiva uppdragen genom att tydligt resonera kring den regionala marknaden och kring arbetsmetoder och tillvägagångssätt. Poängsättningen, 0-3 poäng, kommer att ske utifrån god kunskap om den skånska och sydsvenska mediemarknaden och goda resonemang kring aktuell målgrupp och lämpliga medieval kommer att bedömas positivt. Anbudsgivarens kapacitet kommer att poängsättas utifrån väl utarbetade arbetsmetoder och tillvägagångssätt präglade av kostnadseffektivitet och god lokal anknytning kommer att bedömas positivt.

Utvärdering vid offentlig upphandling ska göras objektivt i den meningen att inga ovidkommande hänsyn får tas. Det är dock ofrånkomligt att även en objektiv bedömning av inkomna anbud kan rymma ett visst mått av skönsmässighet eller subjektivitet som måste godtas under förutsättning att den upphandlade myndigheten håller sig inom ramen för vad förfrågningsunderlaget kan anses tillåta. Det är endast direkta felbedömningar eller

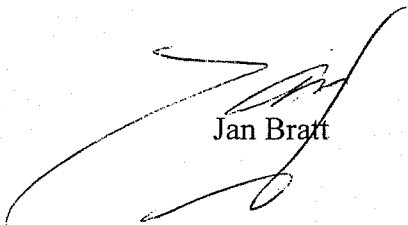
andra brister av viss omfattning som bör leda till ett ingripande enligt LOU.

Alla tre leverantörer som har gått vidare från kvalificeringsfasen till utvärderingsfasen har kunnat lämna anbud som uppfyller de ställda kraven i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten finner således att det inte har varit oklart för leverantörerna hur utvärderingen skulle komma att ske. Som tidigare anförts kan det anses ligga i sakens natur att någon exakt beskrivning av gränsdragningen mellan olika poängsteg inte kunnat begäras. Som regionen anført är det också huvudsakligen förbehållet den upphandlande myndigheten att bedöma vilket anbud som bäst uppfyller den efterfrågade tjänsten. Förvaltningsrätten finner inte visat skäl för att underkänna Regionens utvärderingsmodell och inte heller har framkommit att Regionen överträtt gemenskapsrätten och LOU:s principer transparens och lika-behandling vid sin anbudsutvärdering.

Särskilda upplysningar

Rättens interimistiska beslut den 18 oktober 2010 upphör med denna dom att gälla och en ny tiodagsfrist börjar löpa. Det innebär att om upphandlingskontrakt tecknas eller föreligger efter den nya fristens utgång kan rätten till domstolsprövning upphöra. Detta gäller även om överklagande kommer in inom den i bilagan anvisade besvärstiden tre veckor.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)



Jan Bratt