



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 2
Ulf Nordberg

DOM
2013-07-09
Meddelad i
Jönköping

FÖR KÄNNEDOM

Sida 1 (8)

Mål nr
2151-13
Domare 2:2

SÖKANDE

TNS Sifo AB, 556060-1220
114 78 Stockholm

MOTPART

Domstolsverket
551 81 Jönköping

KONKURRENSVERKET	
2013 -07- 1 2	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, varvid TNS Sifo AB:s anbud ska prövas i sak.

BAKGRUND

Domstolsverket (DV) genomför en upphandling, förenklat förfarande, avseende medieanalyser (dnr 0683-2013). Upphandlingen avser närmare tecknande av ramavtal med tre leverantörer som kan leverera medieanalyser. Ingångna ramavtal avses gälla fr.o.m. avtalstecknande t.o.m. 2015-04-30. Vid avtalsperiodens utgång upphör avtalet att gälla utan föregående uppsägning. DV har dock rätt att, med oförändrade villkor, förlänga avtalsperioden med ett plus ett år, dock längst t.o.m. 2017-05-01. Avrop sker genom förnyad konkurrensutsättning. Vid anbudsprövningen används det för myndigheten ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som tilldelningskriterium. Därvid används som utvärderingskriterium:

- Pris
- Kvalitet; genom bedömning av två tidigare utförda medieanalyser

Dok.Id 104968

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

Av *förfrågningsunderlaget* framgår bl.a. följande. Medieanalyser görs i syfte att bidra till att utveckla Sveriges Domstolars mediearbete. Genom att analysera mediebilden, identifiera områden som kan utvecklas/förbättras i mötet med medierna, liksom att hitta goda exempel etc. får myndigheterna viktig information för det fortsatta utvecklandet av Sveriges Domstolars mediearbete. Analyserna kommer också att bidra med kunskap kring vad det innebär att arbeta aktivt mot media respektive att vara passiv. Vad får det för bäring på mediebilden? Vem uttalar sig om inte domstolarna gör det? Vad innebär planering i slutändan för mediebilden? Därvid kommer tre typer av medieanalyser att kunna bli aktuella:

- Hur enskilda myndigheters arbete och verksamhet har återgetts massmedialt i samband med enskilda, avgränsade händelser, som uppmärksammade mål.
- Hur Sveriges Domstolar som helhet skildras av medierna i avgränsade, strategiskt viktiga frågor, som domstolarna som arbetsplats, domstolarnas effektivitet, rättssäkerheten.
- Varumärkesanalyser, där den sammanlagda rapporteringen om Sveriges Domstolar över viss tid blir utgångspunkten för att analysera vilken bild som ges av Sveriges Domstolar som helhet i medierna.

Av *tilldelningsbeslutet* med tillhörande handlingar framgår bl.a. följande. I upphandlingen inkom fyra anbud varav tre bedömdes kvalificerade. TNS Sifo AB:s anbud förkastades med motiveringen att de två medieanalyser som bifogats anbudet inte uppfyller det i bilaga skallkrav (2.7) ställda kravet om att medieanalyserna inte ska vara längre än 20 sidor. De tre anbudsgivare som lämnat kvalificerade anbud har antagits.

YRKANDEN

TNS Sifo AB (bolaget) yrkat att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprövning.

DV anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget: Dess anbud har förkastats felaktigt eftersom båda de analyser som bifogats bolagets anbud uppfyller ska kravet om att medieanalyserna inte ska vara längre än 20 sidor.

Bolaget har skickat in två exempel på medieanalyser. De återfinns i bilagor. Det första exemplet är från livsmedelsbranschen och är en rapport på 20 sidor där medieanalysen utgör hela rapporten. Som försättsblad står: "SEKRETESSBELÄGGES ENLIGT BEGÄRAN I DOKUMENTATION/TNS Sifo". Detta försättsblad ingår inte i analysen, vilket gått DV förbi. Det andra exemplet är från universitetsvärlden. Det är en rapport som bolaget gjorde åt Lunds universitet i samband med en annan upphandling. Rapporten innehåller såväl resultat från opinionsundersökningar som en medieanalys. Rapporten omfattar sammanlagt 31 sidor, varav 20 sidor utgör medieanalysen. Detta har bolaget meddelat DV genom att på försättsbladet ange: "Denna ppt-rapport är längre än 20 sidor. Men om ni bara vill utvärdera 20 sidor ber vi er fokusera på sid 11 – 30. Bland annat rekommendationerna och råd på sidorna 20 – 30 är de vi vill delge er särskilt i detta fall. Förutom de bedömningar ni själva ser kan utvärderas gentemot det här exemplet.". Eftersom bolaget ofta har medieanalyser som en del bland flera andra i sina rapporter fann bolaget det nödvändigt att notera vilka sidor som DV skulle läsa just för denna upphandlings skull, d.v.s. vilka sidor som var medieanalysen. Enligt bolagets mening har denna innebörd kommit till tydligt uttryck, vilket förtydligas nedan.

Eftersom begreppet analys är en vetenskaplig metod är ett önskemål om ett maximalt antal sidor ett lite udda önskemål. En analys är en tankefigur,

inte nödvändigtvis en skriven handling. Bolaget väljer dock att tolka DV:s krav som att dess representanter vill läsa maximalt 20 sidor av en handling där bolaget exemplifierar en analytisk metod för innehållsanalys av medier. Eftersom hela upphandlingen handlar om medieanalys, inget annat, tar bolaget för givet att de sidor bolaget hänvisar till förstås handla om en medieanalys.

DV: Oavsett om analysen på 21 sidor inklusive försättsblad anses uppfylla ska-kravet, så uppfyller den andra ingivna analysen inte kravet. Den analysen är på totalt 32 sidor. Att endast 20 sidor av denna utgör medieanalys, som bolaget påstår, framgår inte av det meddelande bolaget lämnat (se ovan, förvaltningsrättens anm.). Således har bolaget, genom att överskrida maximalt antal sidor, inte uppfyllt ett i förfrågningsunderlaget tydligt angivet obligatoriskt krav. Om DV inte skulle ha uteslutit anbudet skulle det ha stridit mot de grundläggande principerna enligt 1 kap. 9 § LOU, bl.a. principen om likabehandling.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iaktas.

Av rättsfallet HFD 2013 ref. 5 framgår bl.a. följande. Av 16 kap. LOU framgår att domstolsprocessen i ett upphandlingsmål inleds genom en ansökan och att processen avser en överprövning av den upphandling som klandras i ansökningen. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i

LOU. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Av EU-domstolens praxis (jfr domstolens dom i målet C-532/06, Lianakis, och där gjorda hänvisningar) framgår bl.a. följande. Anbud ska prövas enligt föreskrivna tilldelningskriterier efter att leverantören kontrollerat lämpligheten hos de leverantörer som inte ska uteslutas. Det är teoretiskt sett inte uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt. Det är dock fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser. Den upphandlande myndigheten ska nämligen vid kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet utgå från kriterierna avseende leverantörers ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet (kallade "kriterier för kvalitativt urval"). Tilldelningen av kontraktet däremot genomförs mot bakgrund av kriterierna lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vad gäller sistnämnda fall anges inte någon uttömmande uppräkningslista av de kriterier som den upphandlande myndigheten får välja mellan och den upphandlande myndigheten ges således möjlighet att välja de kriterier som den avser att tillämpa vid tilldelningen av kontraktet. Inte desto mindre är det emellertid så att detta val endast kan avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga kan inte anses utgöra kriterier för tilldelning. Reglerna om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet innebär att potentiella anbudsgivare, när de utformar sina anbud, ska underrättas om samtliga uppgifter som den upp-

handlande myndigheten kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och om deras vikt i förhållande till varandra.

Utredningen

För målet väsentliga föreskrifter i förfrågningsunderlaget:

I förfrågningsunderlagets förteckning över ska-krav anges som krav 2.7 följande. Leverantören ska bifoga två tidigare utförda medieanalyser som DV kommer att bedöma i enlighet med beskrivningen i punkt 5.3 i förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter. Ingen medieanalys får vara längre än 20 sidor. Analyserna ska presenteras i powerpointformat. I nämnda punkt 5.3 i de administrativa föreskrifterna anges att DV kommer att göra en helhetsbedömning av hur väl de av anbudsgivaren bifogade medieanalyserna stämmer överens med angivna påståenden. Ämnet för medieanalyserna kommer inte att beaktas vid bedömningen. En analys behöver inte ensam täcka alla de kvalitativa kriterierna, utan en fullgod lösning är att de två inlämnade medieanalyserna infriar dessa krav tillsammans. Bedömningen utförs av en referensgrupp bestående av 3 – 4 personer på DV.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

I upphandlingen gäller som obligatoriskt krav att anbudsgivare ska bifoga två tidigare utförda medieanalyser som ska användas som underlag vid

myndighetens anbudsprövning. För att anses lämplig som leverantör och därmed kvalificerad måste anbudsgivarens medieanalyser uppfylla vissa krav, däribland att rymmas inom ett maximalt antal sidor. Kravet på ett maximalt antal sidor får anses relevant i sammanhanget. Det saknas dock närmare uppgifter om hur kravet ska tillämpas. En helhetsbedömning får därför göras om kravet är uppfyllt i bolagets fall.

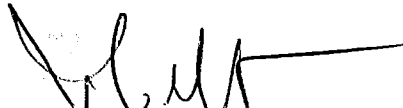
Vad gäller den första av bolagets ingivna medieanalyser finner förvaltningsrätten att bolagets uppfattning om att dess försättsblad med begäran om sekretess inte ska räknas med vid kontroll av om dokumentet rymms inom maximalt antal sidor. Denna rapport skulle därför ha godtagits.

Avseende den andra av bolaget ingivna medieanalysen finner förvaltningsrätten följande. Rapporten innehåller totalt 32 sidor. Detta är dock inklusive försättblad, bilder m.m. Bolaget har hänvisat till sidorna 11-30. Sidan 11 är första sidan efter ett försättsblad/titelblad till dokumentets avsnitt 3. Därefter följer avsnitten 3 – 5 i sin helhet. Avsnitt sex består av en bild och text med överskriften Metod och kontaktuppgifter. Vidare anges på sidan 3 att bolaget valt att använda fler verktyg vid sidan av "medieanalysen", däribland en Sifo-undersökning. Den medieanalys – inklusive meddelande, försättsblad etc – som bifogats bolagets anbud bekräftar således bolagets i förvaltningsrätten framförda uppfattning, d.v.s. att en komplett medieanalys som rymms inom maximiantalet sidor har lämnats. Även denna rapport borde därför ha godtagits. *

DV har således brutit mot de grundläggande principerna enligt 1 kap. 9 § LOU genom att felaktigt och i strid med förfrågningsunderlaget förkasta bolagets anbud. Annat har inte framkommit än att felet kan ha påverkat anbudsprövningens utfall. Bolaget har därmed lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening. Det finns därför skäl att förordna om ingri-

pande med stöd av LOU. Eftersom felet i upphandling är hänförligt till utvärderingsfasen är rättelse en tillräckligt ingripande åtgärd.

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



Thorbjörn Lindvall