



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I VÄXJÖ**

**DOM**  
2019-09-23  
Meddelad i Växjö

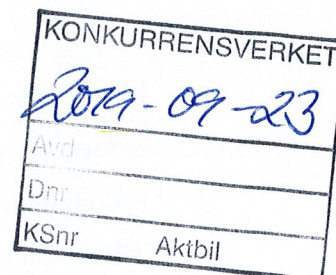
Mål nr  
1934-19  
1962--1965-19

**SÖKANDE**

Bläck & Co Reklambyrå AB, 556447-1323

**MOTPARTER**

1. Södra Smålands avfall och miljö
2. Vidingehem AB
3. Värends Räddningstjänstförbund
4. Växjö fastighetsförvaltning AB
5. Växjö kommun



Ombud för 1–5: David Braic  
Växjö kommun

**SAKEN**

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingens andra del ska göras om.

**BAKGRUND**

Södra Smålands avfall och miljö, Vidingehem AB, Värends Räddningstjänstförbund, Växjö fastighetsförvaltning AB och Växjö kommun (kommunen) genomförde en upphandling (öppet förfarande) av kommunikationsbyråtjänster, Ks 2018-00548. Upphandlingen är uppdelad i två delar. Den första delen består av en strategisk del och den andra delen består av en taktisk och operativ del. Anbudsgivare kunde endast lämna anbud på en del i upphandlingen. Enligt tilldelningsmeddelandet antog kommunen Kalmar Kreation AB (Kalmar Kreation) i den andra delen av upphandlingen. Bläck & Co Reklambyrå AB (Bläck & Co) kom på andra plats. Bläck & Co har ansökt om överprövning i upphandlingens andra del.

Dok.Id 203312

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 42 351 03 Växjö	Kungsgatan 8	0470-56 02 00 E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se	0470-255 02	måndag–fredag 08:00–16:00

**YRKANDEN M.M.**

*Bläck & Co*

Bläck & Co yrkar i första hand att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse har gjorts i form av att arbetsprovet ”Partner 2018” tas upp till bedömning. I andra hand yrkar Bläck & Co att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin ansökan anför Bläck & Co bl.a. följande.

Kommunen har ställt krav på att fyra arbetsprover ska lämnas in, däribland en broschyr. Bläck & Co lämnade in broschyren ”Partner 2018” som gäller en fotbollsklubb. Det är den första av en serie broschyrer som introducerar föreningens verksamhet, varumärket och samarbetsformerna. Uppdraget för fotbollsklubben bestod också av att hitta en ny visuell identitet som på ett sammanhållet och tydligt sätt betonade de olika verksamhetsbenen. Fotbollsklubben ville ha ett arbetsverktyg som informerade om det sportsliga på elit- och akademnivå, CSR-insatser, eventerbjudanden och samarbetsformer. Broschyren beskriver hur företagare i Växjö kan vara med och stötta stadens främsta fotbollslag.

De ställda kraven på arbetsprovet broschyr är för kategoriska och för höga. Såväl kravbeskrivningen på arbetsprovet broschyr som svaren på frågor som ställts i upphandlingsverktyget blandar ihop begrepp och misslyckas att tydligt förklara vad upphandlaren vill se, vilket ger möjlighet till olika tolkningar. Kraven har inte ett naturligt samband med och står inte i proportion till det behov som ska täckas genom upphandlingen. Proportionalitetsprincipen har därigenom åsidosatts. Att en leverantörs chanser att vinna upphandlingen i praktiken till stor del berott på leverantörens kundkrets har inneburit att leverantörerna har getts olika förutsättningar. Principerna om likabehandling och icke-diskriminering har därigenom åsidosatts.

Mellan Bläck & Co och det vinnande anbudet skiljer endast 0,29 poäng. Om broschyren "Partner 2018" hade tagits upp till bedömning och fått lägsta betyg skulle Bläck & Co fått mer poäng än det vinnande anbudet. Bläck & Co har lidit och kommer att lida skada.

Ett annat av kraven var att inget arbetsprov fick vara beställt av kommunen eller dess bolag. Bläck & Co har varit en av kommunens leverantörer av reklambyråtjänster under de senaste fem åren. I övrigt har Bläck & Co huvudsakligen arbetat med kunder inom den privata sektorn, vars broschyrer självfallet innehåller någon form av säljaspekt. Att inte få använda något av det omfattande material som gjorts åt kommunen som arbetsprov har varit en försvårande omständighet.

#### *Kommunen*

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan och anför bl.a. följande.

Kommunens målgrupper har i huvudsak inget behov av säljande material. Därför är det av vikt att presumtiva anbudsgivare kan visa på att de kan producera material med redaktionellt innehåll och som syftar till att informera eller kommunicera med något som är relevant för mottagaren. Bläck & Co har presenterat en broschyr med säljande material och följaktligen utvärderats enligt förutsättningarna i upphandlingsdokumenten.

Om kommunen skulle acceptera inlämning av arbetsprover som kommunen själv varit delaktig i skulle likabehandlingsprincipen åsidosättas. Utöver detta skulle det även kunna uppstå en begräsning av konkurrensen.

#### *Kalmar Kreation*

Kalmar Kreation har getts tillfälle att yttra sig i målet.

## RÄTTSLIG REGLERING M.M.

### *Tillämpliga bestämmelser*

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (20 kap. 6 § LOU).

### *Förarbeten*

Proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas. Upphandlingens art och värde ska därför beaktas exempelvis när villkoren för att få delta i upphandlingen fastställs (prop. 2009/10:180 s. 91). Vidare anges att uppställda krav ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas (prop. 2006/07:128 s. 132).

### *Avgöranden från Högsta förvaltningsdomstolen*

I en upphandling utgör förfrågningsunderlaget en central del av förfarandet. En förutsättning för att underlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet. En

upphandlande myndighet måste därför redan vid framställandet av förfrågningsunderlaget se till att de krav som ställs är proportionerliga i förhållande till föremålet för upphandlingen på så sätt att kraven är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud (HFD 2016 ref. 37).

De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör även att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (RÅ 2002 ref. 50).

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

#### *Partsställningen i förvaltningsrätten*

Enligt gällande rättspraxis är det bolag som begär överprövning och den upphandlande myndigheten parter i målet hos förvaltningsrätten. Det bolag som har tilldelats upphandlingen är, i normalfallet, inte att anse som part i målet. Endast i det fall begäran om överprövning innefattar ett yrkande om att upphandlingen ska rättas på så sätt att det vinnande anbudet utesluts ur upphandlingen har det vinnande bolaget ansetts ha partsställning i målet hos förvaltningsrätten (se HFD 2011 ref. 29 och HFD 2013 ref. 24). Att förvaltningsrätten har gett Kalmar Kreation möjlighet att yttra sig i målet innebär alltså inte att Kalmar Kreation har partsställning i målet.

*Är kommunens beslut att inte ta upp arbetsprovet "Partner 2018" till bedömning korrekt?*

Av upphandlingsdokumentet punkt 6.1.5 "kvalitet – arbetsprover" framgår bl.a. att en bedömning kommer att göras av fyra arbetsprover, enligt en

poängskala på 0–100.

Arbetsprovet broschyr beskrivs enligt följande. En broschyr på fler än fyra sidor med redaktionellt innehåll, exempelvis ett magasin, årsredovisning eller liknande produkt. Broschyren ska följa beställarens grafiska profil.

Av vad som kommit fram genom upphandlingsverktyget ”frågor och svar” ska broschyren inte ska sälja några produkter eller liknande, utan broschyrens innehåll ska i stället informera och/eller kommunicera något som är relevant och värdeskapande för mottagaren.

Vad gäller begreppet ”redaktionellt innehåll” följer av Svensk Ordbok (utgiven av Svenska Akademien) att ordet redaktionell har att göra med en redaktion och dess arbete. Enligt samma ordbok definieras ”broschyr” som mindre häftad trycksak ofta med enklare innehåll och för tillfälligt bruk. Enligt Svenska Akademiens ordlista är en broschyr ett häfte, en småskrift eller ett reklamtryck.

Kommunen har exemplifierat redaktionellt innehåll som magasin, årsredovisning eller liknande produkt. Enligt förvaltningsrätten ger dessa exempel inte en tydlig avgränsning. Kommunen har dock genom upphandlingsverktyget ”frågor och svar”, som utgör en del av upphandlingen, uppgett att broschyren inte ska sälja några produkter eller liknande.

Bläck & Co:s inlämnade broschyr ”Partner 2018” består av 28 sidor. I de första nio sidorna, varav fyra sidor innehåller text, beskrivs fotbollsklubbens värderingar och allmän statistik om fotbollsklubben. Resterande 19 sidor har en tydlig säljande prägel, där det anges priser för olika sponsorpaket och produkter.

Förvaltningsrätten bedömer att broschyrens huvudsakliga syfte är försäljning. Arbetsprovet uppfyller därmed inte upphandlingsdokumentets krav på arbetsprovet broschyr. Kommunens beslut att inte ta upp Bläck & Co:s broschyr för bedömning är därmed korrekt.

*Är kravet på att arbetsprover inte ska vara från uppdrag beställda av Växjö kommun eller dess bolag i överensstämmelse med LOU?*

I upphandlingsdokumentet punkt 6.1.5 uppges vidare att arbetsprover inte ska vara från uppdrag beställda av Växjö kommun eller dess bolag.

En upphandlande myndighet kan fritt utforma upphandlingsdokumentet under förutsättning att de krav som ställs är förenliga med LOU och de gemenskapsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen. Proportionalitetsprincipen innebär att de krav som ställs vid en upphandling ska vara både nödvändiga och ändamålsenliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det som upphandlas. I annat fall riskerar upphandlingen att strida mot likabehandlingsprincipen och resultera i en konkurrensbegränsande effekt.

Enligt kommunen är syftet med kravet att inte åsidosätta likabehandlingsprincipen och att det annars skulle kunna uppstå en konkurrensbegränsning. Förvaltningsrätten anser att det inte finns anledning att ifrågasätta kommunens förmåga att objektivt utvärdera arbetsprov som tidigare beställts av kommunen eller dess bolag. Vidare anser förvaltningsrätten att kravet kan ha inneburit att vissa anbudsgivare har uteslutits från upphandlingen, trots att dessa kan ha haft den erfarenhet och lämplighet som efterfrågas. Kravet är konkurrensbegränsande och upphandlingen står i strid med kraven på proportionalitet och likabehandling i 4 kap. 1 § LOU.

För att ett ingripande ska ske räcker det inte med att den upphandlande myndigheten har brutit mot en bestämmelse i LOU. Det krävs även att den sökande konkretiserar vilken skada denne har lidit.

Bläck & Co har uttryckligen anfört att kravet har utgjort en försvårande omständighet då bolaget inte har kunnat använda något av det material som gjorts åt kommunen. Då kravet har medfört att Bläck & Co inte haft möjlighet att lämna ett tillräckligt konkurrenskraftigt anbud, har bolaget i vart fall riskerat att lida skada.

Då det föreläggat en brist i det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om i upphandlingens andra del.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga 1 (FR-05).

Lisa Höglund  
förvaltningsrättsfiskal

Föredragande: Henrik Tjäder





## 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 rätts-tillämpningen.
- 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.