



**SÖKANDE**

Treativ Reklambyrå AB, 556592-9535

**MOTPART**

Varbergs kommun

**SAKEN**

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

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller Treativ Reklambyrå AB:s ansökan och bestämmer att Varbergs kommuns upphandling av Kommunikationstjänster, dnr KS 2019/0069, inte får slutföras förrän rättelse har gjorts.

KONKURRENSVERKET	
2019-10-07	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

## **BAKGRUND**

Varbergs kommun (Kommunen) genomför en upphandling av ramavtal rörande Kommunikationstjänster, dnr KS 2019/0069. Upphandlingen genomförs i form av selektivt förfarande. I steg 1 skulle Kommunen välja minst tre anbudsgivare som uppfyllde kvalifikationskraven och som erbjöd lägsta totalpris. Dessa anbudsgivare gick vidare till upphandlingens steg 2. I steg 2 skulle anbudsgivaren lämna två arbetsprover för bedömning. Arbetsproverna skulle bestå av ett faktiskt uppdrag som genomförts för offentlig sektor (arbetsprov 1) och ett fiktivt uppdrag (arbetsprov 2). Av upphandlingsdokumentet framgår att den slutliga utvärderingen syftade till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle antas.

Kommunen meddelade tilldelningsbeslut i upphandlingen den 1 juli 2019. Av tilldelningsbeslutet framgår att Kommunen avsåg att teckna avtal med Fabuleux AB (fortsättningsvis Fabuleux). Av utvärderingshandlingarna framgår att Treativ Reklambyrå AB:s (fortsättningsvis Treativ) anbud värderades till det ekonomiskt näst mest fördelaktiga anbudet.

## **YRKANDEN M.M.**

### **Vad Treativ yrkar och anför**

Treativ ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen rättas på så sätt att ny utvärdering av anbuderna genomförs varvid anbudet från Fabuleux inte får beaktas. Treativ anför i huvudsak följande.

Kommunen har vid genomförandet av upphandlingen brutit mot principerna om likabehandling, transparens och icke-diskriminering i 4 kap. 1 § LOU.

Det vinnande anbudet har över huvud taget inte levererat den beskrivning för uppdrag 2 som efterfrågas i Upphandlingsdokumentets punkt 1.4.4.4 Utvärdering av arbetsprov 1 och 2. I det vinnande anbudets beskrivning av arbetsprov 2 saknas beskrivning av arbetsprocess, målsättning, målgruppsanalys och strategiska slutsatser vilket var ett krav enligt upphandlingsdokumentet. Kommunen har gett vinnande anbud högst betyg för en beskrivning som inte svarar på uppställda kriterier. Detta är inte förenligt med likabehandlingsprincipen.

I ”Frågor och svar” framgår bl.a. att ”Uppdraget ska presenteras som – En bilaga (max 2 A4) med beskrivning och motivering av hur arbetet utförts kopplat till utvärderingskriterierna under punkt 1.4.4.4. (bifogas via TendSign).” Den bilaga som avses i instruktionen i ”Frågor och svar”, med beskrivning kopplad till utvärderingskriterierna saknas i Fabuleuxs anbud. Eftersom Fabuleux inte har levererat detta ska dess anbud inte godkännas. Ett anbud som inte uppfyller obligatoriska krav får varken antas eller ens utvärderas, utan ska i stället förkastas.

Bolaget har förtagits möjligheten att tilldelas upphandlingens ramavtal på grund av Kommunens beslut att anta Fabuleux anbud, trots att detta inte uppfyllde samtliga obligatoriska krav. Som en följd av att Kommunen brustit i sina förpliktelser enligt LOU har bolaget lidit, eller riskerar att lida, skada i den mening som avses i 20 kap. 6 § LOU. Det finns därför skäl för förvaltningsrätten att bestämma att upphandlingen ska rättas i enlighet med bolagets yrkande.

### **Kommunens inställning**

Kommunen anser att Treativs ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Anbudsgivaren ska i enlighet med vad som anges i informationsmeddelandet, presentera det fiktiva uppdraget som en fysisk folder i A5-format och genom en beskrivning av hur folderns uttryck och budskap skulle kunna spridas på den sociala medieplattformen Instagram, inklusive exempel på inlägg. Härtill tillkom under upphandlingens annonsering ett krav, i förhållande till vad som framgick av det ursprungliga upphandlingsdokumentet, på att anbudsgivaren i syfte att underlätta anbudsutvärderingen skulle lämna en beskrivning av och motivering till hur arbetet med det fiktiva uppdraget utförts kopplat till de för kriteriet valda utvärderingskriterierna.

Beträffande det fiktiva uppdraget kan konstateras att det är uppdraget som helhet som utvärderats, dvs. uppdraget såsom anbudsgivarna har presenterat det genom såväl den fysiska foldern som anbudsgivarens beskrivningar av hur folderns uttryck och budskap skulle kunna spridas på Instagram och hur arbetet utförts. Det som Treativ anför om att det endast är den bifogade beskrivningen som skulle bedömas är felaktigt.

Fabuleux har, utöver den efterfrågade foldern, till sitt anbud bifogat bilagan ”Arbetsprov 2: Temadag på PS-gymnasiet”. Den bilagan innehåller, utöver en beskrivning av hur budskapet i foldern skulle kunna spridas genom Instagram och exempel på inlägg, en beskrivning av hur arbetet har utförts i enlighet med den nu ifrågavarande instruktionen. Anbudet från Fabuleux uppfyller därmed uppställda krav.

Beträffande beskrivningen av hur arbetet har utförts kan noteras att den i och för sig inte är lika omfattande som den som Treativ har lämnat, men att den innehåller det som efterfrågas och att anbudet därmed är kvalificerat för utvärdering. Det bör här poängteras att det tillägg som gjordes i informationsmeddelandet avseende beskrivning av hur arbetet med den fysiska foldern utförts, gjordes för att underlätta arbetet med utvärderingen.

Det faktum att Fabuleux redovisat en beskrivning av hur arbetet med den fysiska foldern utförts innebär att uppställda krav uppfylls. Kommunen har följaktligen utvärderat anbudet och därvid gjort en sammanvägd bedömning av uppdraget på det material som redovisats.

Mot bakgrund av att anbudet från Fabuleux prövats i enlighet med de krav som anges i upphandlingsdokumentet och då anbudet uppfyller samtliga ställda krav har kommunen inte brutit mot likabehandlingsprincipen, någon annan upphandlingsrättslig princip eller någon annan regel i LOU genom att anbudet utvärderats och antagits.

## **SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

### **Tillämpliga bestämmelser m.m.**

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 § LOU 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 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska

ange grunderna för sin talan (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

### Upphandlingsdokumenten

I det ursprungliga upphandlingsdokumentet angavs följande i punkten ”1.4.4.3 Arbetsprov 2 – ”Temadag på PS-gymnasiet”.

Som arbetsprov 2 ska anbudsgivaren utföra ett fiktivt uppdrag: Varbergs stadsutveckling ska presenteras för gymnasieelever på Peder Skrivares gymnasium i samband med en fiktiv temadag för skolans studenter. Syftet är att Varbergs kommun vill skapa intresse för och öka ungas delaktighet i de utmaningar som följer med kommunens kraftiga expansion.

Uppdraget ska presenteras som

- en fysisk fyrsidig folder i A5
- en beskrivning av hur folderns uttryck och budskap skulle kunna spridas på Instagram, inklusive exempel på inlägg bifogad som pdf.”

Kommunen meddelade den 24 maj 2019 i ”Frågor och svar” följande kompletterande information och korrigerering.

”För att underlätta utvärderingen görs också ett tillägg till arbetsprov 2: utöver det som sedan tidigare beskrivits under Arbetsprov 2 – ”Temadag på PS-gymnasiet” ska anbudsgivaren lämna en beskrivning och motivering av hur arbetet utförts omfattande max 2 A4. Texten under punkt 1.4.4.3 Arbetsprov 2 – ”Temadag på PS-gymnasiet” uppdateras enligt följande:”

Uppdraget ska presenteras som

- en fysisk fyrsidig folder i A5 (skickas in fysiskt via post)
- en beskrivning av hur folderns uttryck och budskap skulle kunna spridas på Instagram, inklusive exempel på inlägg bifogad som pdf. (bifogas digitalt via Tendsign)
- en bilaga (max 2 A4) med beskrivning och motivering av hur arbetet utförts kopplat till utvärderingskriterierna under punkt 1.4.4.4 (bifogas digitalt via Tendsign)”

I ”Frågor och svar” anger Kommunen en något korrigerad version av punkten 1.4.4.4. i Upphandlingsdokumentet enligt nedan.

”Arbetsprov 2 utvärderas utifrån följande kriterier:

- Arbetsprocess, hur ni säkerställt att arbetsprocessen uppfyller satta mål utifrån involverade komponenter, angreppssätt, hantering av kommunikativa utmaningar, kvalitetssäkring av uppdraget och utvärderad effekt.
- Målgruppsanalys, hur ni definierade målgruppen och hur det påverkade strategival.
- Idé och kreativ förmåga, kopplingen mellan era strategiska slutsatser och slutlig leverans, hur ni säkerställt att uppdraget når ut och berör, skapar intresse.
- Hantverk, exempelvis tydlighet, hantering av bild, text, form och typografi, tonalitet, läsbarhet, rubriksättning och grafiska lösningar.
- Relevans för offentlig sektor, kopplat till inkludering, klarspråk, tillgänglighet och allmännyttan, hänsyn till god etik och offentlig sektors icke-kommersiella uppdrag och värdegrund.”

### **Förvaltningsrättens bedömning**

*Vad förvaltningsrätten ska pröva*

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden lidit skada eller kan komma att lida skada till följd av det felaktiga förfarandet.

Frågan i målet är om Kommunen brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU genom att godta Fabuleux anbud. I första hand ska prövas om anbudet uppfyllde det obligatoriska krav som tillfördes Upphandlingsdokumentet, punkten 1.4.4.3 Arbetsprov 2 – ”Temadag på PS-gymnasiet”, den 24 maj 2019 genom instruktionen i ”Frågor och svar”.

*Hur ska kravet tolkas?*

I det sammantagna upphandlingsdokumentet finns numera tre punkter med instruktioner för presentationen av Arbetsprov 2 i anbudet. Där klargörs hur uppdraget skulle presenteras, dels som (1) en firsidig folder, dels som (2) en beskrivning av hur folderns uttryck och budskap skulle kunna spridas på Instagram och slutligen som (3) en bilaga (max 2 A4) med beskrivning och motivering av hur arbetet utförts koppat till utvärderingskriterierna under punkt 1.4.4.4.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning framgår det klart av instruktionen i ”Frågor och svar” att det är tre olika dokument som efterfrågas.

Förvaltningsrätten anser att detta i vart fall måste innebära att innehållet avseende respektive krav ska vara klart avgränsat från redovisningen av andra krav. Det bör också gå att utläsa vilket krav respektive beskrivning avser.

*Uppfylls kravet?*

Såvitt framgår av handlingarna i målet har Fabuleux lämnat två dokument avseende de tre kraven i upphandlingsdokumentets punkt 1.4.4.3 Arbetsprov 2 – ”Temadag på PS-gymnasiet”. Det första dokumentet är en firsidig folder. Det andra dokumentet är rubricerat som ”Arbetsprov 2: Temadag på PS-gymnasiet. Beskrivning av hur folderns uttryck och budskap skulle kunna spridas på Instagram”. Rubriceringen talar således för att anbudsgivarens avsikt var att beskrivningen skulle avse krav nr 2 i den nu aktuella punkten. Enligt förvaltningsrättens uppfattning ger innehållet i beskrivningen inte stöd för någon annan bedömning. Inte heller innehåller dokumentet något tydligt avgränsat avsnitt som avser det tredje kravet i punkten 1.4.4.3.



Sammantaget bedömer förvaltningsrätten att Fabuleux inte kan anses ha bifogat det efterfrågade dokumentet avseende krav nr 3 i upphandlingsdokumentets punkt 1.4.4.3 i dess slutliga version. Fabuleux kan därmed inte i enlighet med vad Treativ anfört anses ha uppfyllt samtliga obligatoriska krav som ställts upp i upphandlingen. Eftersom Kommunen ändå godtagit anbudet för slutlig utvärdering får kommunen anses ha brutit mot den grundläggande principen i 4 kap. 1 § LOU om likvärdig behandling.

*Har Treativ lidit skada?*

Frågan blir då om Treativ lidit eller i vart fall kan komma att lida skada till följd av den angivna bristen i Kommunens förfarande.

Av Kommunens sammantagna utvärdering framgår att Fabuleux tilldelats den högsta utvärderingspoängen och Treativ den näst högsta. Det får därmed antas att Treativ hade tilldelats kontraktet om Kommunen inte hade godtagit Fabuleux anbud för slutlig utvärdering. Kommunens förfarande har följaktligen medfört att Treativ lidit skada.

*Sammanfattande bedömning*

Som framgår av ovanstående är förutsättningarna för ett ingripande enligt 4 kap. 6 § LOU uppfyllda. Förvaltningsrätten anser att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs av de anbud som gått vidare till steg två i den sammantagna utvärderingen.

Vid en sådan utgång i målet saknas anledning för förvaltningsrätten att närmare pröva om Kommunen, som Treativ anfört, utvärderat anbuderna på ett sätt som strider mot de grundläggande principerna om likvärdig behandling och transparens.

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

Karin Hansson  
Tf. rådman

Föredragande i målet har varit fördragande juristen Per Olofsson.



## 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 nyårs-afton, 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.