



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**  
2016-11-01  
Meddelad i Göteborg

Mål nr  
5555-16

Sida 1 (9)

**SÖKANDE**

Sandberg & Trygg AB, 556662-1305  
Box 2208  
403 14 Göteborg

Ombud: Advokaten Per Karlsson och jur. kand. Monika Vulin  
JP Advokatfirma i Göteborg AB  
Götabergsgatan 20  
411 34 Göteborg

**MOTPART**

BRG, Business Region Göteborg AB, 556439-5878  
Box 111 19  
404 23 Göteborg

Ombud: Advokaterna Roland Adrell och Johan Lidén  
Front Advokater AB  
Kungstorget 2  
411 17 Göteborg

**SAKEN**

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

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2016-11-02	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 441023

**Postadress**  
Box 53197  
400 15 Göteborg

**Besöksadress**  
Sten Sturegatan 14

**Telefon**  
031 - 732 70 00  
**E-post:** [forvaltningsrattenigoteborg@dom.se](mailto:forvaltningsrattenigoteborg@dom.se)  
[www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se](http://www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se)

**Telefax**  
031 - 711 78 59

**Expeditionstid**  
måndag–fredag  
08:00-16:00

## BAKGRUND

BRG, Business Region Göteborg AB (BRG) genomför en upphandling (förnyad konkurrensutsättning) av *Kommunikationstjänster; Reklam- och marknadskommunikation, fullservice*, dnr 0031/16, inom ramen för Göteborgs Stads Upphandlings AB:s ramavtal avseende *Reklam- och marknadskommunikationstjänster*, dnr 280/14.

Av tilldelningsbeslut den 13 maj 2016 framgår att Valentin & Byhr Reklambyrå AB har vunnit upphandlingen.

## YRKANDEN M.M.

*Sandberg & Trygg AB* (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande.

BRG har felaktigt använt sig av referensuppdrag i utvärderingsfasen eftersom detta bara har syftat till att bedöma anbudsgivarens förmåga att utföra uppdraget. Fråga är därmed istället om ett kvalificeringskrav. Om referensuppdraget ändå ska anses som ett tillåtet utvärderingskriterium brister förfrågningsunderlaget i förutsägbarhet. De vagt formulerade principerna för poängsättning och vad som egentligen efterfrågas i upphandlingen ger ett stort utrymme för individuella godtycken och innebär i princip fri prövningsrätt för BRG.

BRG har valt att bedöma leverantörernas kvalitet baserat på ett B2B-uppdrag utan att definiera eller ange bransch/-er inom vilket uppdraget ska vara utfört. Referensuppdraget har bedömts av sex personer hos BRG som har gett betyg enligt en bedömningskala 0-6 avseende fem olika kriterier. Referenspersonerna har inte behövt motivera sina svar utan har bara angett den siffra som nämnda personer anser motsvara det betyg de ansett lämpligt.

Med hänsyn till att uppdraget beskrivs på endast en A4-sida och kan variera vad gäller bl.a. typ av kunder, tjänst och uppfattning blir det fråga om en rent subjektiv bedömning som bolaget eller annan anbudslämnare inte har möjlighet att i efterhand kontrollera. Ett sådant förfarande kan inte anses uppfylla kraven på förutsägbarhet.

Det framgår inte heller av förfrågningsunderlaget vad som specifikt efterfrågas eller tillmäts betydelse och vad som krävs för att uppnå ett högt betyg för vart och ett av bedömningskriterierna. Vad avser betyget utmärkt är detta inte ens beskrivet i förfrågningsunderlaget. Med hänsyn till hur övriga betyg är uppbyggda är det inte möjligt för en anbudsgivare att förstå hur betyget utmärkt ska uppnås i respektive underkategori. Anbudsgivarna har därför inte kunnat veta hur de ska utforma sitt anbud och lämnade referensuppdrag.

Vidare framgår inte av förfrågningsunderlaget vilka frågor som BRG avsett att ställa vid den muntliga presentationen. Inte heller framgår om alla leverantörer som inbjuds till muntlig presentation skulle komma att erhålla samma frågor. Det framgår således inte under vilka förutsättningar en leverantör kan höja sina betyg vid den muntliga presentationen. De frågor som bolaget erhållit inför den muntliga presentationen är därtill öppna frågor och avser i huvudsak inte referensuppdraget. Det framgår inte heller hur dessa frågor kommer att bedömas eller om svaren på frågorna höjer något betyg inom något bedömningskriterium. Oavsett om de leverantörer som kallats till muntlig presentation fått samma frågor före presentationen har BRG ställt ytterligare frågor vid den muntliga presentationen som inte gällt referensuppdraget. Bolaget kommer inte ordagrant ihåg de frågor som ställdes och bestrider därför i avsaknad av bevis påståendet från BRG att samma frågor ställts till leverantörerna. Svaren på frågorna får presumeras ha påverkat bedömningarna, annars hade de inte ställts.

I förfrågningsunderlaget anges också att leverantören ska ha god kännedom om Göteborgsregionens näringsliv. Det framgår emellertid inte om fråga är om ett kvalificeringskrav eller om önskemålet har beaktats vid anbudsutvärderingen. Det finns under alla förhållanden en risk för att detta krav medvetet eller omedvetet har beaktats vid anbudsutvärderingen. Något bevis för att det inte legat till grund för referensgruppens bedömning har inte heller presenterats. Förfrågningsunderlaget brister därmed i tydlighet/transparens i denna del i sådan grad att det står i strid med LOU.

Valet av bedömningsmodell i upphandlingen har stora likheter med en projektävling då det är den subjektiva kvaliteten som bedöms på ett utvalt uppdrag, varför en anonym utvärdering av anbuderna hade kunnat ske.

Sammanfattningsvis konstateras att upphandlingen strider mot de grundläggande principerna om förutsebarhet, likabehandling och transparens och att bolaget på grund av detta lider eller riskerar att lida skada om inte upphandlingen görs om.

*BRG* yrkar att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Utvärderingskriteriet ”referensuppdrag” med fem tydligt angivna underkriterier har tagit sikte på hur väl leverantörerna har utfört åberopat referensuppdrag. Utförandet har i berörda delar direkt bäring på den kvalitet som *BRG* kan förvänta sig av leverantören under avtalstiden. Utvärderingskriteriet är därför tillåtet enligt LOU.

Förfrågningsunderlaget har på ett godtagbart sätt angett och preciserat bedömningskriterierna (fem underkriterier) och gett riktlinjer för vad som krävs av en leverantör för att nå respektive betygsnivå. En upphandling avseende kreativa och intellektuella tjänster är ofrånkomligen förenad med svårigheter att utforma utvärderingskriterier och bedömningsnivåer som på

ett uttömmande sätt förklarar för anbudsgivarna hur de ska utforma sina anbud. Så stränga krav uppställs heller inte i LOU. Alla leverantörer har haft likvärdiga och fullgoda möjligheter att med ledning av informationen utforma sina bästa anbud. De subjektiva bedömningsmomenten har legat inom tydligt avgränsade ramar och fråga är inte om s.k. fri prövningsrätt.

Inför den muntliga presentationen skickades ett skriftligt, identiskt underlag ut till utvalda leverantörer på det sätt som angetts i förfrågningsunderlaget. – Av förfrågningsunderlaget framgår att leverantörerna uppmanades att presentera sin referensuppdragsbeskrivning inklusive arbetsprover enligt samma struktur som föreskrivits i förfrågningsunderlaget. Vidare angavs bl.a. fem frågor som leverantörerna uppmanades att förbereda sig på, efter sin presentation, och att den totalt tillgängliga tiden skulle vara 45 minuter. Det är riktigt att det ställdes ytterligare två frågor vid presentationen. Alla leverantörer har fått samma frågor. De svar som leverantörerna har lämnat på frågorna har till övervägande del legat utanför bedömningsramen för de fem underkriterierna och har främst varit av upplysningskaraktär. Det kan inte anses anmärkningsvärt att det vid ett möte med en leverantör ställs frågor av allmän karaktär. Förekomsten av allmänna frågor vid den muntliga presentationen kan inte anses ha inneburit att BRG har tagit ovidkommande hänsyn.

LOU ställer inte upp några hinder mot att en upphandlande myndighet utvärderar ett anbuds kvalitet genom ett referensuppdrag på det sätt som nu skett avseende en leverantörs tidigare utförda uppdrag inklusive arbetsprover. Inte heller ställer LOU upp något krav på anonym utvärdering av inkomna anbud med undantag för särregleringen avseende projekttävlingar. Upphandlingen i dessa delar strider därför inte mot någon av upphandlingsprinciperna.

Önskemålet att leverantören har en god kännedom om Göteborgsregionens näringsliv är inget kvalificeringskrav i den förnyade konkurrensutsättningen. Det är inte heller ett moment som har ingått i anbudsutvärderingen. Skrivningen är avsedd som en bakgrundsbeskrivning och kan under alla förhållanden inte anses ha medfört skada eller risk för skada för bolaget.

När det gäller omfattningen av det bedömningsunderlag som har begärts in från leverantörerna är detta alltid en avvägningsfråga för den upphandlande myndigheten. Den sidbegränsning om en A4-sida för beskrivningen av referensuppdrag som bolaget invänder mot valdes bl.a. för att inte göra anbuds-givningen mer än nödvändigt resurskrävande. Det bör framhållas att arbetsproverna ligger utanför denna sidbegränsning. Alla leverantörerna har haft samma möjlighet att utifrån de givna förutsättningarna utforma konkurrenskraftiga anbud. – Valet av referensuppdrag har inte styrts på annat sätt än att det ska vara "B2B" och att det inte får vara äldre än två år. Samtliga anbudsgivare har varit fria att välja referensuppdrag utifrån dessa premisser. Denna styrning strider inte mot LOU.

Sammanfattningsvis är förfrågningsunderlagets utformning förenlig med LOU och har även anbudsutvärderingen i alla delar genomförts på det sätt som anges i förfrågningsunderlaget och i överensstämmelse med de grundläggande upphandlingsprinciperna. Ansökan ska därför avslås.

#### **SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Frågan i målet är om det finns sådana brister i den aktuella upphandlingen att det finns skäl för ingripande med stöd av bestämmelserna i LOU.

*Tillämpliga bestämmelser m.m.*

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 iakttas (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

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 eller andra bestämmelser i LOU. Enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som sökanden har framfört i målet (jfr RÅ 2009 ref. 69).

För att grund för ingripande mot upphandlingen ska finnas är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, utan sökanden ska visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (HFD 2013 ref. 53).

*Förvaltningsrättens bedömning*

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten 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. Detta följer också av unionsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Högsta förvaltningsdomstolen har även uttalat att de skriftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och unionsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Bolaget har anfört att BRG på ett otillåtet sätt har sammanblandat kvalificerings- och utvärderingsfas samt utnyttjat egen personal för att bedöma referensuppdrag till andra kunder. En upphandling innefattar såväl en kvalificerings- som en utvärderingsfas. Kvalificeringsfasen syftar till att säkerställa leverantörens förmåga att leverera det som ska upphandlas enligt förfrågningsunderlaget. Utvärderingsfasen avser att värdera de anbud som kvalificerat sig till utvärderingen utifrån angivna utvärderingskriterier. Det finns inte något hinder mot att använda referenser i utvärderingsfasen så länge dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Eftersom det ifrågasatta referensuppdraget avser bedömningen av den levererade tjänstens kvalitet anser förvaltningsrätten att det kan beaktas inom ramen för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, dvs. under utvärderingsfasen. Vidare framgår det av förfrågningsunderlaget hur BRG avsåg att genomföra upphandlingen och vad som krävdes för att gå vidare till nästa steg. Någon sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingsfasen har enligt förvaltningsrättens bedömning inte skett. Inte heller vald metod för utvärdering av ingivna referensuppdrag kan enligt förvaltningsrätten anses bryta mot reglerna i LOU.

När en upphandlande myndighet fastställer andra utvärderingskriterier än enbart pris är det ofrånkomligt att kriterierna i viss mån bedöms subjektivt



vid utvärderingen. Det går således inte att utforma utvärderingskriterier som inte till någon del innefattar subjektiva bedömningar. Det finns heller inget krav i LOU eller unionsrätten på att varje steg i en betygsskala ska beskrivas i ord i förfrågningsunderlaget. Av förfrågningsunderlaget framgår också på vilket sätt betygsättning skulle komma att ske, samt hur upphandlande myndighet avsåg att tilldela poäng. Det får därför anses ha stått tillräckligt klart för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör på vilka grunder betyg skulle komma att tilldelas. BRG har således inte heller använt sig av någon otillåten utvärderingsmodell i den aktuella upphandlingen.

Vad bolaget anför i övrigt utgör inte heller skäl för annan bedömning än att anbudsgivarna kunnat utläsa och förstå hur ett konkurrenskraftigt och ändamålsenligt anbud ska formuleras. Även om förfrågningsunderlaget inte är optimalt utformat så har avsikten med att använda uppställda krav och valda metoder i utvärderingen varit att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Bolaget har inte heller i övrigt visat att BRG vid utvärdering och betygsättning skulle ha frångått de kriterier och krav som anges i förfrågningsunderlaget eller att förfarandet har inneburit att kraven i LOU har åsidosatts.

*Sammanfattningsvis* anser förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att upphandlingen har sådana brister att det finns skäl att ingripa mot den. Bolagets ansökan ska därför avslås.

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

  
Ann Rittri

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Michaël Koch.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.