



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2012-05-24
Meddelad i Stockholm

Mål nr
8442-12
Enhet 17

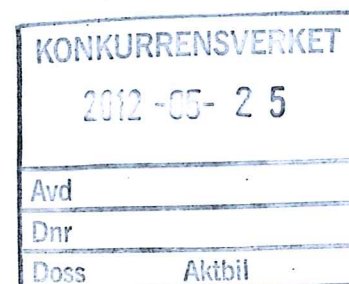
SÖKANDE

Bemannia AB, 556626-8347

Ombud: Jur.kand. Pontus Meilink
Advokatfirman Inter
Box 87
101 21 Stockholm

MOTPART

Huddinge kommun
141 85 Huddinge

**SAKEN**

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Bemannia AB:s ansökan.

Dok.Id 241549

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Huddinge kommun genomför en upphandling benämnd ”Bemannings-tjänster Administration ärende nr: 2010-050”. Upphandlingen sker genom ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. I tilldelningsbeslut som sändes ut till leverantörerna den 10 april 2012 har kommunen meddelat att upphandlingen resulterat i ett beslut att träffa avtal med annan leverantör än Be-mannian AB (bolaget).

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska avbrytas och göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Huddinge kommun har blandat samman kvalificerings- och utvärderingskrav på ett sätt som strider mot LOU. Vid kvalificeringen av anbudet avseende kategori C har deras anbud uteslutits på ovidkommande grunder och avseende kategori A har deras anbud även där blivit utesluten på felaktiga grunder.

Kvalificeringskrav och utvärderingskriterier

I förfrågningsmaterialet framgår att upphandlingen kommer att ske i två steg, kvalificerings- och utvärderingsfasen. Ett av kvalificeringskraven var att det skulle lämnas tre referenser per kategori. Huddinge kommun skulle sedan välja ut två av dessa referenser som de skulle kontakta per telefon eller per e-post.

I utvärderingsfasen skulle man utvärdera vissa poängsatta frågor som referenserna svarat på. Dessa poäng skulle sedan ingå i en utvärderingsmodell.

Det framgår inte på vilka grunder som kommunen skulle välja ut de referenser som de hade för avsikt att kontakta, vilket strider mot LOU och öppnar upp för godtycklighet och att det finns risk för att det tas ovidkommande hänsyn.

Kvalificering

Av förfrågningsunderlaget framgår det att anbudsgivaren ska lämna tre referenser per kategori som det avser att lämna anbud på. Bolaget har uteslutits avseende kategori C p.g.a. att en referent inte ville lämna referens eftersom denne inte blivit vidtalad, och en annan referent visade sig ha slutat.

Den stora svagheten med att lämna personliga referenser är att det blir mycket känsligt p.g.a. omständigheter som anbudsgivaren inte kan styra över. Angivna referenser kan under den tid anbudsen utvärderas sluta sina arbeten, vara på semester, vara sjuka, negligera e-post, glömma återkomma och av okända anledningar inte vilja verifiera och bekräfta uppdragsförhållandet. Det finns därför många felkällor vid verifiering av referenserna. Huddinge kommun hade utan risk för att bryta mot LOU kunnat bereda dem möjlighet att komma in med alternativ bevisning för referensuppdragen. Detsamma gäller för de referenspersoner som p.g.a. ovidkommande skäl inte ville svara på några frågor. Genom att kommunen uteslutit flera anbudsgivare på ovidkommande grunder så har den fulla konkurrensen inte utnyttjats i upphandlingen vilket strider mot 1 kap. 9 § LOU.

Utvärdering

Huddinge kommun har brutit mot LOU genom att i utvärderingsfasen använt sig av kriterier som hänför sig allt väsentligt till kvalificeringsfasen. De frågor som ställts till referenserna har rört frågor om leverantören levererat rätt person, leveranssäkerhet, leveranstid, hantering av klagomål samt om referenten kunde rekommendera leverantören till annan. Dessa kriterier måste anses huvudsakligen hänföra sig till anbudsgivarens kvalifikationer. Det vill säga leverantörens förmåga och kapacitet att utföra uppdraget och inte till hur väl föremålet för upphandlingen har kunnat genomföras varför anbudsutvärderingen måste ha påverkats av ovidkommande hänsyn.

Sammanfattning

Huddinge kommun har således brutit mot de grundläggande kraven i 1 kap. 9 § LOU. Genom de fel som har begåtts har bolaget lidit eller kunnat komma att lida skada. Det föreligger därför grund för ingripande enligt LOU.

Huddinge kommun bestrider bolagets yrkande och anför bl.a. följande. Kommunen har i tilldelningsbeslut meddelat att bolaget blivit utesluten avseende kategori A eftersom bolaget fått under 3 poäng i snitt på två referensfrågor, samt på kategori C p.g.a. att en referens inte ville besvara referensfrågorna eftersom referensen inte blivit tillfrågad, och en annan referens efter ett antal kontaktförsök visade sig ha slutat.

Kvalificering

Bolaget har anfört att kommunen utan risk för att bryta mot LOU kunnat bereda bolaget möjlighet att komma in med alternativ bevisning för referensuppgifterna. Om så hade skett skulle alla anbudsgivare beretts samma möjlighet att byta referenser, om dessa inte gått att få tag på. Detta hade i så fall utgjort en otillåten komplettering som går utöver rättelse, i synnerhet som referenserna ligger till grund för utvärderingen. Det åligger anbudsgivarna att se till att lämnade referenser är aktuella.

Utvärdering

Referensfrågorna är huvudsakligen ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Frågorna har stämts av tillsammans med företrädare för kommunens verksamheter för att definiera vad som utgör kvalitet vid utförande av bemanningstjänster. Inhyrning av bemanningstjänster kännetecknas av korta ledtider vid avrop, varför fråga 3 är relevant. Vid upphandling av dessa typer av tjänster förekommer att anbudsgivare offerera orimligt lågt pris på vissa tjänster, utan att ha för avsikt att leverera. "Leveranssäkerhet" i fråga 2 syftar till att fastställa leverantörens avsikt att

leverera avropade tjänster, snarare än dennes förmåga och resurser. Att leverantören levererar i tid hjälper inte heller om leverantören inte levererat rätt kandidat enligt förfrågan, fråga 1. Leverantörens tidigare hantering av klagomål visar på servicekvalitet, fråga 4.

Skaderekvisitet

Bolaget kan inte komma lida skada. På delområde A skulle bolaget, för det fall bolaget kvalificerat sig och fått full poäng på referensfrågorna, placerat sig som nr 5 i rangordningen. På delområde C, under samma förutsättningar som ovan, skulle bolaget ha placerat sig som nr 11 i rangordningen. Bolaget kan således inte lida skada. Talan ska därför avslås redan på den grunden.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

I 16 kap. 6 § LOU, tidigare 16 kap. 5 § LOU, anges följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.

Utredningen i målet

Förfrågningsunderlag punkt 1.4

Huddinge kommun avser att till ovanstående kommuner [Botkyrka kommun, Haninge kommun, Huddinge kommun, Nynäshamns kommun, Tyresö kommun och Värmdö kommun *förvaltningsrättens tillägg*] teckna ramavtal med flera utförare för leverans av bemanningstjänster avseende administrativ personal.

Förfrågningsunderlag punkt 3.0

Teknisk och yrkesmässig kapacitet

Leverantören ska styrka sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet genom att bifoga en förteckning, från de senaste tre åren till liknande uppdrag enligt LOU 2007:1091 kap. 11:11 p2 med uppgift om kontaktperson (telefonnummer och e-postadress), och tidpunkt. För nyetablerade företag ska den efterfrågade kapaciteten vara hänförliga till en eller flera personer i företagsledningen för företaget.

Förfrågningsunderlag punkt 3.2

3.2.1 Utvärderingsprincip

I denna upphandling kommer anbud att utvärderas utifrån principen ekonomiskt mest fördelaktiga.

3.2.2 Utvärderingskriterier

Kvalitet på liknande utförda uppdrag	30 %
Pris	70 %
Totalt = 100 procent	

Kvalitet på liknande utförda uppdrag

Av de tre (3) referensuppgifter per kategori som anbuds lämnas på, som ska anges i anbudsformuläret under leverantörskvalificering, väljer Huddinge kommun ut och kontaktar två (2) referenser per kategori, för anbudsvärdering. Referenstagningen avser att ge en indikation om den kvalitet som leverantören offerera i den aktuella upphandlingen.

Referenserna ska ange sin uppfattning om anbudsgivaren för samtliga delfrågor enligt poängskalan nedan.

Referenserna ska ange sin grad av nöjdhet enligt följande skala:

Mycket hög = 6 p

Hög = 4 p

Godkänd = 3 p

Ej nöjd = 0 p

Anbudet måste få i genomsnitt minst 3 poäng på varje fråga för att bli godkänd.

Summan av poängen från de två referenserna divideras med antalet referenser (2) och antalet frågor och ett referenspoäng på varje kategori erhålls. Referenserna jämförs således per kategori.

Bilaga referenser

Frågor till referenser

Huddinge kommun kommer ställa följande frågor via telefon eller via e-post till de i anbudsformuläret angivna referenserna.

Referenserna ska ange sin uppfattning om anbudsgivaren för samtliga delfrågor enligt poängskalan nedan.

Referenserna ska ange sin grad av nöjdhet enligt följande skala:

Mycket hög = 6 p

Hög = 4 p

Godkänd = 3 p

Ej nöjd = 0 p

Nr	Fråga	Poäng
1	Har leverantören levererat ”rätt” kandidat enligt kravprofilen?	
2	Har leverantören kunnat leverera i anbudet offererade tjänster vid avrop (leveranssäkerhet)?	
3	Håller konsulten leveranstiden för beställd tjänst inom rimlig nivå?	
4	Är ni nöjda med leverantörens hantering av ev. klagomål (om det förekommit)?	
5	Är ni nöjda med den totala insatsen? Skulle ni rekommendera företaget till andra uppdragsgivare vid en förfrågan?	

Poängen från referenserna ska vara i genomsnitt 3 poäng per fråga för att anbudet ska godkännas.

Om inte referenserna svarar efter minst två påminnelser kommer anbudsgivaren att få 0 poäng från denna referens.

Tilldelningsbeslut

3.1 Uteslutning, kvalificering och ska-kravsprövning

Anbudsgivare nr 19 (Bemania): I förfrågningsunderlaget punkt 3.2.2 står att ”Anbudet måste få i genomsnitt minst 3 poäng på varje fråga för att bli godkänd”. På kategori A har anbudsgivaren fått under 3 poäng i snitt på två frågor, och kvalificerar sig därmed inte avseende kategorin.

På kategori C ville en av anbudsgivarens referenter inte lämna referens eftersom denne inte blivit tillfrågad. En annan referent svarade inte efter första påminnelsen, och efter ytterligare påminnelser framkom att referenten inte arbetar kvar. Anbudsgivaren uppfyller därmed inte kravet på tre referenser på kategorin.

Förvaltningsrättens bedömning

I mål om ingripande 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 talan grundas (RÅ 2009 ref. 69). Prövningen i för-

valtningsrätten utgör en kontroll av om det på grund av vad sökanden har framfört finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU.

Transparensprincipen

Bolaget har som första invändning mot upphandlingen uppgett att det inte framgår av förfrågningsunderlaget på vilka grunder kommunen väljer ut de referenser som de har för avsikt att kontakta samt att förfrågningsunderlaget inte ger någon ledning för vad referenten ska väga in i omdömena som skulle kunna ge hög respektive låg poäng. Enligt bolaget får detta förfa- ringssätt anses strida mot LOU och transparensprincipen. Enligt förvalt- ningsrättens mening kan inte enbart dessa omständigheter, att förfråg- ningsunderlaget i denna del inte är optimalt utformat, utgöra att Huddinge kommun vid upphandlingen har brutit mot bestämmelserna i LOU. För- valtningsrätten hänvisar då särskilt till Regeringsrättens uttalande i RÅ 2002 ref. 50 om att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de princi- per som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när.

Referenstagning

När det gäller bolagets invändningar avseende referenstagning gör förvalt- ningsrätten följande bedömning. Enligt förvaltningsrättens mening får det anses åligga anbudsgivaren att se till att de referenter som anges är villiga att ställa upp och tillgängliga vid referenstagningstidpunkten. Någon skyl- dighet för upphandlande enhet att underrätta anbudsgivaren om referenter som inte kunnat nås, inte velat svara etc. kan inte föreligga, utöver vad som utlovats i förfrågningsunderlaget. Inte heller kan en upphandlande myn- dighet anses ha skyldighet att bereda anbudsgivaren möjlighet att komma in med alternativ bevisning. Åberopad grund föranleder alltså inte något ingripande med stöd av LOU.

Sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskrav

Bolaget har slutligen uppgett att Huddinge kommun sammanblandat kvalificeringskrav och utvärderingskrav på ett sätt som strider mot LOU.

Att utse vinnande anbud i en upphandling sker i två steg. Först kontrolleras *anbudsgivarnas lämplighet* vilket kallas för kvalificeringsfasen, i det andra steget kontrolleras *anbudet* vilket är anbudsutvärdering. Det framgår av både direktivet och EU-domstolens praxis att kvalificeringen och anbudsutvärderingen styrs av olika regler.¹ Stegen kan utföras samtidigt men det är ändå två separata bedömningar som ska göras utifrån olika kriterier. Den upphandlande myndigheten ska vid kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet utgå från kriterierna avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet (kallade "kriterier för kvalitativt urval") som avses i artiklarna 47 och 48 i direktiv 2004/18.

Tilldelningen av kontraktet genomförs emellertid mot bakgrund av de kriterier som anges i artikel 53.1 i direktiv 2004/18, nämligen lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. När det gäller det sistnämnda fallet får upphandlande myndigheter välja de kriterier som de avser tillämpa vid tilldelning av kontraktet, villkorat att kriterierna endast syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. De kriterier som inte syftar till detta utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra ett projekt kan därför inte anses utgöra "kriterier för tilldelning". Följaktligen innebär bl.a. artikel 53.1 i direktiv 2004/18 hinder för den upphandlande myndigheten att under ett anbudsförfarande beakta sådana kriterier.²

Enligt förvaltningsrätten innebär "förbudet" mot att beakta anbudsgivarnas erfarenhet i anbudsutvärderingen enbart sådan erfarenhet som är relevant

¹ Se C-31/87 p. 16 och C-532/06, Linakis-domen.

² Se C-532/06 p. 28-32, Linakis-domen.

för att bedöma risken för att anbudsgivaren inte kommer att kunna genomföra det i upphandlingen aktuella projektet, vilken risk enbart ska bedömas i kvalificeringsfasen. Enligt förvaltningsrättens mening innebär Linakisdomen inte något hinder mot att poängsätta leverantörens respektive personalens erfarenhet och kompetens inom ramen för anbudsutvärderingen om det finns en direkt koppling mellan erfarenhet och kvalitetsnivån på det som ska upphandlas, jfr. t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom den 7 april 2009, mål nr 6411-08. Sambandet mellan erfarenhet/kompetens och kvalitet är också varierande från bransch till bransch. För att referenstagningen ska syfta till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga priset, ska referenstagningen avse hur en anbudsgivare tidigare genomfört, utfört och hanterat ett uppdrag och inte anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet.

Förevarande upphandling avser leverans av bemanningstjänster. Enligt förvaltningsrättens bedömning tillför referenstagningen så som den utformats i upphandlingen i huvudsak svar på relevanta frågor om tjänstens utförande som syftar till att säkerställa ett bra utförande av uppdraget och därmed i förlängningen det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det har vidare enligt förvaltningsrätten i förfrågningsunderlaget preciserats vad som krävs för att en referens ska anses som god i enlighet med LOU:s krav på förutsebarhet och transparens. Grund för ingripande enligt LOU föreligger således inte. Ansökan ska därför avslås.

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



Maria Ek Oldsjö

Rådman

Föredragande har varit Ida Nordholm.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. 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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.

DV 3109/1A LOU