

KLAGANDE

Mason Management AB, 556623-2749
Hamngatan 33
172 66 Sundbyberg

MOTPART

Landstinget Västernorrland
871 85 Härnösand

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Härnösands dom den 19 april 2012 i mål nr 3901-11,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten återförvisar målet till förvaltningsrätten för prövning av den
av Mason Management AB först i kammarrätten åberopade omständigheten
att priset inte har utvärderats.

Kammarrätten avslår överklagandet i övrigt.

Kammarrättens interimistiska beslut den 22 maj 2012 upphör därmed att
gälla.

- Klagande/ombud
- Motpart/ombud
- SKV
- Fk NFC
- Lst/Trp.st
- Fr

Konkurrensverket

- För delgivning
- För kännedom
- För handläggning
-

YRKANDEN M.M.

Mason Management AB (bolaget) vidhåller i kammarrätten sitt i förvaltningsrätten framställda yrkande om att upphandlingen ska göras om.

Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Referenserna under punkt 6 i upphandlingsförfrågan ska inhämtas i syfte att bedöma leverantörens förmåga att fullgöra uppdraget. Landstinget har använt referenser i kvalificeringen av leverantören som är samma referenser som använts i utvärderingen av den anvisade konsulten. Det framgår inte av tilldelningsbeslutet vilka underliggande faktorer som utgör grund för en likabehandling vid värdering och betygsättning av tilldelningskriterierna. Bolaget kan inte se att landstinget viktat priset. Det kan inte anses tillräckligt att i tilldelningsbeslutet konstatera att priset är oväsentligt i förhållande till de kvalitéer som det vinnande anbudet har. I praktiken har man då struntat i priset trots att det är en utvärderingsfaktor enligt förfrågningsunderlaget.

Landstinget Västernorrland motsätter sig bifall till överklagandet.

Landstinget anför bl.a. följande. Landstinget har i förfrågningsunderlaget klart redovisat vad som utgör kvalificeringskrav och vad som utgör tilldelningskriterier. Av tilldelningsbeslutet framgår att kvalificeringskraven prövats för sig och tilldelningskriterierna för sig. Något hinder att i kvalificeringsdelen hänvisa till anvisad konsults erfarenhet från tidigare uppdrag föreligger inte, särskilt inte i en upphandling som är personberoende, där en i anbudet angiven person efterfrågas. Den omständigheten att anbudsgivarna hänvisat till delvis samma handlingar i kvalificeringsdelen och i utvärderingsdelen står inte i strid med vare sig förfrågningsunderlaget eller LOU.

Under punkt 4.2 i förfrågningsunderlaget uppställs ett antal ska-krav på kompetens och erfarenhet på den person som ska arbeta med landstinget. Kompetensen och erfarenheten ska styrkas med CV och två utförda referensuppdrag. Av svarsformuläret framgår under punkt 6 att två referensuppdrag ska anges. Landstinget bestrider att det använt referenser i utvärderingen. Istället har beskrivningarna utvärderats.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Bolaget har i ansökan om överprövning hos förvaltningsrätten anfört en rad omständigheter till stöd för sin talan. I kammarrätten anför bolaget, utöver vissa tidigare angivna omständigheter, även att priset inte har utvärderats, trots att det i förfrågningsunderlaget anges som ett kriterium för kontraktstilldelningen.

Uppfyllelse av ska-krav

Bolaget anför att det följer av punkt 6 i svarsbilagan att ska-kravet avseende referenser innebär att *leverantören* ska styrka sin erfarenhet med två referenser, medan landstinget anför att referenserna ska avse den föreslagna *personen*.

Kammarrätten konstaterar att det av punkt 4.2 i förfrågningsunderlaget framgår att de i punkten angivna ska-kraven avser anvisad konsult, med vilket avses den person som ska arbeta med landstinget. Ska-kravet att det ska finnas två referensuppdrag under de senaste tre åren av relevans för efterfrågad tjänst avser således den föreslagna personen/konsulten och inte leverantören. I punkt 4.2 hänvisas till svarsbilagan (punkt 6) i vilken det anges att leverantören ska ha erfarenhet från liknande uppdrag. Även om formuleringen i svarsbilagan är missvisande står det dock enligt kammarrättens mening klart att avsikten med referensuppdragen är att styrka att konsulten uppfyller de krav på kompetens och erfarenhet som ställs.

Vinnande anbud har uppfyllt ska-kravet avseende referenser eftersom referenser lämnats för den föreslagna personen/konsulten.

Utvärdering av referenser

Av EU-domstolens avgörande C-532/06 Lianakis framgår att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier. Däremot kan inte något generellt förbud mot att beakta referenser vid anbudsutvärderingen anses föreligga, så länge som referenstagningen syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

I punkt 4.3 i förfrågningsunderlaget, under rubriken "Tilldelningskriteriet kvalitet", framgår vilka förmågor och erfarenheter som kommer att värderas och betygsättas vid utvärderingen. Det är också dessa som enligt utvärderingsprotokollet poängsatts vid utvärderingen. Det har inte framkommit annat än att landstinget använt referenserna enbart för att förvissa sig om att de angivna uppdragen har utförts. Kammarrätten instämmer således i förvaltningsrättens bedömning att landstinget får anses ha beaktat referenserna endast vid kvalificeringen.

Åberopande av ny omständighet i kammarrätten

I förfrågningsunderlaget under punkt 5 "Utvärdering av anbud" anges att det anbud kommer att antas som efter utvärdering framstår som det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vidare anges följande.

"Kriterierna för kontraktstilldelning, angivna i fallande prioritetsordning:

- Erbjuden kvalitet
- Tjänstens pris

Med erbjuden kvalitet avses den anvisade konsultens uppfyllnad av kriterierna som följer av p 4.3. ----- Med tjänstens pris avses lämnat

anbudspris, angivet per konsulttimme exkl. mervärdesskatt, inkl. samtliga till uppdraget hänförliga kostnader så som framgår av aktuell punkt i svarsbilagan.”

Landstinget har i sitt tilldelningsbeslut bl.a. anfört att den högre årskostnaden för den person som antagits som utförare av tjänsten vägs mycket väl upp och kompenseras mycket väl av den högre poängen som denne erhållit (11 poäng, redovisat under punkt 4.3 ”Kvalitetskrav på anvisad konsult”).

I sin ansökan till förvaltningsrätten om överprövning har bolaget under rubriken ”5 Tilldelningskriterierna kvalitet och pris” särskilt riktat invändningar mot hur deras konsults meriter värderats och betygsatts samt tillagt bl.a. följande. Det framgår inte av uppdragsförfrågan eller tilldelningsbeslutet vilka underliggande faktorer som utgör grund för en likabehandling vid värdering och betygsättning av tilldelningskriterierna. ----- De valda kriterierna ska syfta till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och inte huvudsakligen avse bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet.

I kammarrätten har bolaget vidhållit sin inställning att det inte av tilldelningsbeslutet framgår vilka underliggande faktorer som utgör grund för en likabehandling vid värdering och betygsättning av tilldelningskriterierna samt tillagt att bolaget inte kan se att landstinget viktat priset, det vill säga hur stor del av poängsättningen priset ska utgöra. Det kan enligt bolaget inte anses tillräckligt att i tilldelningsbeslutet endast konstatera att priset är oväsentligt jämfört med de kvalitéer som det vinnande anbudet har, i praktiken har man ju då struntat i priset trots att det är en utvärderingsfaktor enligt förfrågningsunderlaget.

Kammarrätten gör i denna del följande bedömning. Den invändning som bolaget numera gjort angående prisets betydelse vid utvärderingen innebär

inte någon ändring av bolagets talan, vilken går ut på att upphandlingen ska göras om med korrekt utformade krav vid kvalificering och utvärdering. Frågan är dock om denna omständighet innebär att saken i målet förändrats på ett otillåtet sätt. Som redovisats ovan har bolaget redan i förvaltningsrätten anfört bl.a. att det inte framgått vilka underliggande faktorer som utgjort grund för betygsättning av tilldelningskriterierna. Invändningen i kammarrätten om prisets betydelse kan då enligt kammarrättens mening uppfattas som en utfyllnad eller konkretisering av bolagets mer allmänt framställda invändningar i förvaltningsrätten beträffande felaktigheter i utvärderingsfasen. Därmed torde den kunna inrymmas i det av bolaget i förvaltningsrätten åberopade händelseförloppet. I förvaltningsprocessen anses omständigheter som ryms inom samma händelseförlopp utgöra samma sak.

Vid denna bedömning har kammarrätten att ta ställning till om det föreligger hinder mot att beakta nya omständigheter i kammarrätten trots att saken inte har förändrats.


Med beaktande av att upphandlingsbestämmelserna ska garantera snabba och effektiva rättsmedel finns det skäl som talar mot att tillåta parter att åberopa nya omständigheter i kammarrätten i mål om upphandling, se Kammarrätten i Stockholms dom den 22 september 2011 i mål nr 3323-11. Det kan dock samtidigt hävdas att det för en sådan inskränkning bör finnas stöd i lag, jfr 37 § förvaltningsprocesslagen angående omständigheter som åberopas först i Högsta förvaltningsdomstolen, 50 kap. 25 § rättegångsbalken angående överklagande av domar till hovrätten eller 10 kap. 10 § kommunallagen (1991:900) angående laglighetsprövning. I avsaknad av en lagreglering med motsvarande innehåll avseende processen i kammarrätten bör överklagandet inte avvisas i denna del. Prövningen i kammarrätten bör dock i enlighet med instansordningens princip inte gå utöver den prövning som företagits av förvaltningsrätten. Därför ska målet

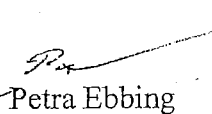
återförvisas till förvaltningsrätten för prövning av frågan om priset har utvärderats.

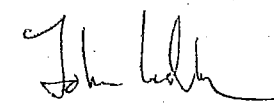
Kammarrättens interimistiska beslut upphör att gälla

Genom kammarrättens dom i målet upphör det interimistiska beslutet den 22 maj 2012, att landstinget inte får ingå avtal avseende den aktuella upphandlingen, att gälla. Kammarrätten erinrar dock om att av 16 kap. 10 § andra stycket LOU följer att avtal inte får ingås förrän tio dagar har gått från det att domstolen avgjort målet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Gunnar Pettersen
kammarrättsråd
ordförande


Petra Ebbing
kammarrättsråd


Johan Lindeberg
adjungerad ledamot
referent

Anna Fors Nilsson
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND
Förvaltningsrättsnotarien
S Schaider

DOM
2012-04-19
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
3901-11 E

SÖKANDE

Mason Management AB, 556623-2749
Hamngatan 33
172 66 Sundbyberg

MOTPART

Landstinget Västernorrland
871 85 Härnösand

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten avvisar Mason Management AB:s yrkande om skadestånd.

BAKGRUND

Landstinget Västernorrland (landstinget) som genomför upphandling av förmedlingstjänst – search/headhunting av upphandlingschef, dnr 11LS2213, har i tilldelningsbeslut den 30 november 2011 beslutat att anta Clustera Sverige AB (Clustera) som leverantör.

YRKANDEN M.M.

Mason Management AB (bolaget) begär överprövning och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om med en korrekt utformad anbudsfrågan och en korrekt anbudsutvärdering av skall- och bör-krav vid kvalificering av anbudsgivare samt av skall- och bör-krav vid anbudsutvärdering av objektet - anvisad konsult i lämnat anbud. Vidare yrkar bolaget – under förutsättning att förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning – att landstinget ska förpliktas att utge 400 000 kr i skadestånd för förlorad affärsvinst med anledning av tilldelningsbeslutet i aktuell upphandling.

Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Enligt punkten 4.2. i frågningsunderlaget ska den person som ska arbeta med landstinget bl.a. uppfylla kriterierna på mångåring erfarenhet från ledande befattning och som chef inom upphandlingen samt inneha erfarenhet av politiskt styrda tjänstemannaorganisationer. Bolaget kan inte finna att den anvisade konsulten från Clustera kan styrka ifrågavarande skallkrav varför dess anbud bör ha diskvalificerats vid utvärderingen. I tilldelningsbeslutet anges att Clustera med sitt koncept för kvalitetsstyrning uppfyller det för uppdraget ställda krav enligt punkterna 4.1 och 4.2. Kvalitetsstyrning utgör emellertid inte ett efterfrågat krav i förfrågningsunderlaget varför det inte kan anföras som skäl att anta Clustera som leverantör.

Av punkten 4.3 i underlaget framgår vilka kvalitetskrav som ställs på anvisad konsult varvid bolagets anvisade konsult uppfyller kraven väl. Kraven kan styrkas genom bl.a. tjänstgöringsintyg som chef vid Upphandlingsen-

heten i Landstinget Västmanland där det särskilt anges följande. Konsulten har efter elva års erfarenhet från landstinget en väldokumenterad erfarenhet att driva en upphandlingsorganisation. Denne har lång erfarenhet från att vara kommunikatör och föreläsare genom bl.a. sin ledande position och företrätt Lanstingsförbundet vid föredrag i Bryssel och Wien. Dessutom har konsulten erfarenhet från föreläsningar inom landstinget samt vid ett flertal sammankomster anordnade av TietoEnator och Posten.

Bolaget uppfyller även kravet på att "inneha relevanta och personliga nätverk i och utanför Västernorrland i politiska och analytiska miljöer" väl varför det bör ha tilldelats 11 poäng vid utvärderingen i stället för de redovisade 8 poängen. Clustera kan å sin sida inte styrka att kravet beträffande dokumenterad vana av att driva större upphandlingsorganisationer är uppfyllt varför bolaget bör ha tilldelats 0 eller 1 poäng i denna del. Utvärderingen av anbudet har genomförts med en referensgrupp där det har medverkat personer vilka bolaget antar har liten eller ingen erfarenhet av rekrytering av personer på ledningsnivå. För att erhålla en hög nivå i bedömning, få en likabehandling eller neutraliserande intervjumetodik bör intervjuguider tillämpas för att få en hög validitet med hög reliabilitet i utvärderingen. En intervjuguide bör användas bl.a. för att undvika olika influenser som påverkar det slutliga resultatet, vilket är särskilt viktigt när personer med mindre erfarenhet av ledarförsörjning ingår i referensgruppen.

Av förfrågningsunderlaget anges att den anvisade konsult/ernas kompetens och erfarenhetskrav ska styrkas genom en förteckning över två utförda referensuppdrag under de senaste tre åren av relevans för efterfrågad tjänst. Av EG-domstolens avgörande i mål C-532/06, Lianakis framgår att det föreligger en valfrihet, dock ej oinskränkt sådan, vad avser olika kriterier som upphandlande myndighet kan använda som utvärderingskriterier. De valda kriterierna ska syfta till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och inte huvudsakligen avse bedömningen av anbudsgivarens

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND

DOM

förmåga att utföra projektet. Mot denna bakgrund bör det vara oförenligt att använda referenser i utvärderingsfasen. Av Kammarätten i Stockholms dom den 19 december 2008, mål nr 5512-08 och Kammarätten i Göteborg den 29 december 2008, mål nr 5910-08 framgår att EG-domstolens dom i Liankis- målet i svensk praxis inte har tolkats som att den uppställer ett totalt förbud mot användandet av referenser som utvärderingskriterium. Det krävs dock en nyanserad bedömning i varje enskilt fall huruvida en utvärdering av referenser kan anses utgöra ett kriterium för att utse det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller om det är ett sådant kriterium som huvudsakligen syftar till att visa på anbudsgivarens förmåga att utföra det aktuella uppdraget och därmed går att hänföra till kvalifikationsfasen. Kravet på referensuppdrag är ett skallkrav som riktas gentemot anbudsgivaren och inte den anvisade konsulten. Skallkravet bör följaktligen användas för kvalificering av anbudsgivaren och inte för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det framgår inte av tilldelningsbeslutet om skallkravet är prövat vid kvalificering av anbudsgivare i upphandlingen. Uppfylls inte skallkravet ska anbudsgivaren diskvalificeras och om det inte är prövat vid utvärderingen ska upphandlingen göras om.

Landstinget bestrider bifall till bolagets ansökan om överprövning och yrkar att bolagets yrkande om skadestånd ska avvisas. Landstinget anför i huvudsak följande. Bolaget har anfört att Clustera inte uppfyller kraven i punkten 4.2. i förfrågningsunderlaget, vilket är felaktigt. I ifrågavarande punkt anges att den person som ska arbeta med landstinget ska uppfylla ett antal krav. Av samma punkt framgår att anvisad konsults kompetens och erfarenhet ska styrkas genom till anbudet fogat CV och en förteckning över två utförda referensuppdrag under de tre senaste åren av relevans för efterfrågad tjänst. Det anges också att förteckningen i svarsbilagan ska fyllas i (se punkten 6 i svarsmallen, del av bilaga 2). Clustera har till sitt anbud presenterat den konsult som offereras och redovisat hans erfarenheter och referenser samt fogat efterfrågad CV. Därtill har punkten 6 i svarsbilagan

fullt i och fogats till anbudet. Av de till Clusteras anbud fogade handlingar framgår de uppgifter som landstinget efterfrågar och att den person som offereras har lång och gedigen erfarenhet från såväl offentlig som privat verksamhet. Underlaget visar att han har dokumenterade ledaregenskaper, dokumenterad erfarenhet av större komplexa organisationer samt statliga myndigheter/kommuner och privata näringslivet, chefserfarenhet av analysarbete med efterfrågad inriktning, erfarenhet av politiskt styrda organisationer, mångårig erfarenhet från ledande befattningar och upphandling såväl i privat som offentlig verksamhet. Bolaget har uppehållit sig kring anteckningen i tilldelningsbeslutet om kvalitetsstyrning. Visserligen har Clustera offererat ett koncept för kvalitetsstyrning med det har inte haft någon betydelse vid kvalificeringen av företaget. Kvalificeringen har skett mot ställda krav i punkterna 4.1. och 4.2. i förfrågningsunderlaget.

Vad gäller utvärderingen har en upphandlande myndighet i allmänhet stor frihet att inom ramen för affärsmässiga överväganden värdera de anbud som kvalificerat sig till anbudsutvärdering. Vid tillämpningen av utvärderingsmodellen det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är det ofrånkomligt att kriterierna i viss mån bedöms subjektivt vid utvärderingen. Utvärderingskriterierna erbjuden kvalitet och tjänstens pris framgår av punkten 5.1 i förfrågningsunderlaget. Kriterierna för kvalitet redovisas under punkten 4.3 i förfrågningsunderlaget och dessa ska värderas på en skala 0-3. Bolaget har gjort gällande att bolaget borde ha erhållit fler poäng än sammanlagt 8 och Clustera borde ha erhållit färre än sammanlagt 11 poäng. Vidare har bolaget ifrågasatt landstingets sammansättning av utvärderingsgruppen. Vad avser utvärderingsgruppen har landstinget valt att genomföra utvärderingen utifrån en så bred erfarenhet som möjligt med representation från ledning, personalenhet och personalrepresentant för anställda. Gruppen har bestått av ekonomi- och finansdirektör, tillika chef för upphandlingsverksamheten, personalchef, personalkonsulent och facklig företrädare. Landstinget är av den uppfattningen att gruppen har varit väl skickad att

bedöma de anbud som inkommit och även att utvärdera dessa. Exempelvis har den personalkonsulent som medverkat i utvärderingen genomfört ett stort antal rekryteringar på såväl lednings- som chefsnivåer. Personalchefen har under 15 år som personalchef för en concerns fem olika bolag rekryterat ett antal ledningsmedlemmar. Anbuderna har bedömts utifrån de uppgifter som anbudsgivarna lämnat enligt punkten 5.1 i svarsbilagan. Kraven i punkten 4.3 i förfrågningsunderlaget har således bedömts mot den beskrivning av erbjuden kvalitet som anbudsgivarna har lämnat. Uppgifterna har kompletterats vid en intervju med respektive konsult och anbudsgivare. Landstinget har gjort följande bedömning av bolaget respektive Clusteras anbud beträffande punkten 4.3.

Inneha dokumenterad vana i att driva större upphandlingsorganisationer och ha en god analytisk och stilistisk förmåga

Som framgår av Clusteras anbud och dess anvisade konsults CV har denne en bred erfarenhet av upphandlingsorganisationer, såväl inom det privata näringslivet som inom det offentliga. Han har exempelvis i stor omfattning medverkat i olika outsourcingprojekt som till sin natur utgör upphandling. Av anbudet framgår att konsulten har en god förmåga att uttrycka sig i skrift och att han genom sina komplexa uppdrag har en god analytisk förmåga. Inget har framkommit som motsäger konsultens redovisning i anbudet. Bolagets anvisade konsult har inte motsvarande breda erfarenhet. Landstinget har bedömt att Clustera uppfyllt kravet väl och bolaget har uppfyllt kravet. Bolaget har därför tilldelats 2 poäng och Clustera 3 poäng i denna del.

Inneha samt kunna verifiera erfarenhet från ledande ställning i en större organisation eller förvaltning

Clusteras offererade konsult har i sin CV och i sin egen redovisning i anbudet redovisat och verifierat att han haft ledande ställning i såväl större organisationer som förvaltningar, exempelvis Luftfartsverket, ett antal

kommuner, ISS, BAE Systems, Karamellkungen, Myndigheten för tillväxtpolitiska analyser och utredningar, Sveriges Maskinringar ekonomiska förening, HK IT konsult AB. Bolagets redovisade konsult har i vart fall inte en större erfarenhet från ledande ställning än Clusteras.

Vara en god kommunikatör och föreläsare

Clusteras offererade konsult har i sin egen redovisning i anbudet understrukt att han är verbal och kommunikativ och trivs i rollen att stå inför publik samt att han har god förmåga att uttrycka sig. Under intervjun bekräftades att han var en synnerligt god kommunikatör.

Inneha relevanta personliga nätverk i och utanför Västernorrland i politiska och analytiska miljöer

Som framgår av Clusteras offererade konsults CV samt hans egen redovisning i anbudet har han en bred erfarenhet från såväl privata näringslivet som myndigheter. Miljöer som är politiska och analytiska. Han har exempelvis i sin egen redovisning i anbudet understrukt förmågan att skapa kontakter, bibehålla dessa och utveckla långsiktiga relationer med andra människor både i kundledet och hos leverantörer. Bolagets offererade konsult hade i vart fall inte mer omfattande personliga nätverk. Båda ansågs uppfylla kravet. Sammanfattningsvis har landstinget bedömt att Clusteras offererade konsult bäst uppfyllde kvalitetskravet.

Bolaget har vidare gjort gällande att landstinget i utvärderingen har bedömt referenser, vilket är felaktigt. Som framgår av punkten 4.2 sista stycket i förfrågningsunderlaget avser efterfrågade referenser två referensuppdrag för kvalificeringen och inte för utvärderingen. Både Clustera och bolaget har uppfyllt kvalificeringskravet på två referensuppdrag. Landstinget har inte tagit kontakt med angivna kontaktpersoner för att inhämta några uppgifter utan endast kontrollerat att efterfrågade referensuppdrag uppfyllts.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND

DOM

Slutligen ska bolagets talan avseende skadestånd avvisas då det inte ankommer på förvaltningsdomstol att pröva frågan om skadestånd.

Bolaget har i yttrande angett följande. Landstinget har beträffande tilldelningskriterier "Vara en god kommunikatör och föreläsare" anført att det under intervjun med Clusteras offererade konsult bekräftades att denne var en synnerligen god kommunikatör. Detta visar på att det finns en uppenbar risk för subjektiva beslut i bedömningen. Av förfrågningsunderlaget framgår att leverantören ska uppfylla kravet på referenser för att kvalificera sig. Bolaget finner det dock osannolikt att Clustera kan uppvisa referenser som uppfyller skallkravet och kvalificerar leverantören som anbudsgivare i upphandlingen med hänsyn till dess omsättning. Är referensuppdragen personliga för den anvisade konsulten som utförare kan de endast utgöra referenser som tilldelningskriterier i upphandlingen.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

En upphandlande myndighet 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).

Av 16 kap. 21 § LOU framgår bl.a. att talan om skadestånd väckas vid allmän domstol.

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

4 Krav på tjänst

Samtliga nedanstående obligatoriska krav verifieras vad avser utfyllnad av leverantören genom ifyllnad och eventuell kommentar samt vid behov styrkt genom bifogande av dokument på anvisad plats i svarsbilagan.

4.2 Kompetens- och erfarenhetskrav på anvisad konsult

Person som ska arbeta med Landstinget ska uppfylla följande kriterier:

- Mångårig erfarenhet från ledande befattning och som chef inom upphandling
- Dokumenterade ledaregenskaper
- Dokumenterad analyserfarenhet av större komplexa organisationer
- Chefserfarenhet av analysarbete med inriktning mot verksamhetsutveckling i komplexa organisationer
- Inneha erfarenhet av politiskt styrda tjänstemannaorganisationer, vara tillgänglig i avtalad omfattning, under avtalsperioden 1 december 2011 till 31 december 2012 och värdering av tillgänglighet görs i förhållande till en utpekad konsult tillgänglighet för hela perioden. Den eller dem anvisade konsulternas kompetens och erfarenhetskrav styrks genom att det till anbudet bifogas dels en CV, dels en förteckning över två (2) utförda referensuppdrag under de senaste tre åren av relevans för efterfrågans tjänst. Förteckningen i *Svarsbilagan* fylls i.

4.3 Kvalitetskrav på anvisad konsult

Under förutsättning att samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda obligatoriska krav uppfylls, såväl vad avser krav på leverantören som den anvisade konsulten, kommer nedanstående tilldelningskriterier värderas och betygsättas på en skala på 0-3, utifrån följande;

- 0) uppfyller inte
- 1) uppfyller bristfälligt
- 2) uppfyller
- 3) uppfyller väl

Den samlade bedömningen av uppfyllnadsgraden kommer sedermera att ligga till grund för en slutsats kring erbjuden kvalitet som jämte kriteriet pris ligger till grund för kontraktstilldelning.

Tilldelningskriteriet kvalitet:

Konsulten bör;

- inneha dokumenterad vana i att driva större upphandlingsorganisationer och ha en god analytisk och stilistisk förmåga,
- inneha samt kunna verifiera erfarenhet från ledande ställning i större organisation eller förvaltning,
- vara en god kommunikatör eller föreläsare,
- inneha relevanta och personliga nätverk i och utanför Västernorrland i politiska och analytiska miljöer,

Leverantören beskriver och verifierar i sitt anbud hur anvisad konsult uppfyller ovanstående krav. Beskrivningen bifogas till anbudet genom hänvisning till bifogade bilaga/bilagor i svarsbilagan.

5 Utvärdering av anbud

5.1 Tilldelningsgrund och tilldelningskriterier

Under förutsättning av att inkomna anbud uppfyller obligatoriska krav, kommer Landstinget Västernorrland att anta det anbud som efter utvärdering framstår som det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Kriterierna för kontraktstilldelning, angivna i fallande prioritetsordning;

- Erbjuden kvalitet
- Tjänstens pris

Med *erbjuden kvalitet* avses den anvisade konsultens uppfyllnad av kriterierna som följer av p. 4.3 ovan. Samtliga underkriterier inom kriteriet kvalitet tillerkänns lika stort värde i den samlade bedömningen av erbjuden kvalitet.

Med *tjänstens pris* avses lämna anbudspris, angivet per konsultimme exkl. mervärdesskatt, inkl. samtliga till uppdraget hänförliga kostnader så som framgår av aktuell punkt i svarsbilagan.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att utvärdering vid offentlig upphandling ska göras objektivt i den meningen att inga ovidkommande hänsyn får tas. Det är dock ofrånkomligt att även en objektiv bedömning av inkomna anbud kan rymma ett visst mått av skönsmässighet eller subjektivitet som måste godtas under förutsättning att den upphandlande myndigheten håller sig inom ramen för vad förfrågningsunderlaget kan anses tillåta. Det är endast direkta felbedömningar eller andra brister av viss omfattning som bör leda till ett ingripande enligt LOU.

Uppfyllelse av skallkrav

Bolaget har som grund för sin talan bl.a. åberopat att den anvisade konsulten från Clustera inte kan styrka kravet på "mångårig erfarenhet från ledande befattning och som chef inom upphandling" samt kravet på att "innehå erfarenhet av politiskt styrda tjänstemannaorganisationer". Förvaltningsrätten kan inte finna annat än att den anvisade konsulten enligt ingett anbud och CV uppfyller kraven.

Vidare gör bolaget gällande att landstinget vid utvärderingen av anbuden har tagit hänsyn till vad Clustera har anfört om kvalitetsstyrning trots att det inte är ett krav enligt förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten kan ifrågasätta lämpligheten av att ange "kvalitetsstyrning" i tilldelningsbeslutet då detta inte är kvalificeringskrav i aktuell upphandling. Samtidigt kan förvaltningsrätten inte finna att landstinget har tillmätt det Clustera har anfört om kvalitetsstyrning någon betydelse vid kvalificeringen av anbudet. Clustera uppfyller kraven enligt punkterna 4.1 och 4.2. Med hänsyn härtill gör förvaltningsrätten bedömningen att kvalificeringen av anbudet inte kan anses strida mot LOU i denna del.

Utformningen av kriteriet på förteckning över två referensuppdrag

Fråga i målet är därefter om utformningen av kravet på förteckning över två referensuppdrag strider mot principerna om likabehandling och trans-

parens. Bolaget har gjort gällande att referenserna har använts i utvärderingsfasen, vilket är oförenligt med LOU. Landstinget har å sin sida anfört att referensuppdragen efterfrågas i kvalificeringsfasen och inte i utvärderingsfasen. Landstinget har inte tagit kontakt med angivna kontaktpersoner för att inhämta några uppgifter utan endast kontrollerat att efterfrågade referensuppdrag uppfyllts. Förvaltningsrätten konstaterar att det av punkten 4.2 i förfrågningsunderlaget framgår att konsult/ernas kompetens och erfarenhetskrav ska styrkas genom bl.a. en förteckning över två (2) utförda referensuppdrag. Med hänsyn härtill får landstinget anses ha beaktat referensuppdragen i kvalificeringsfasen. Enligt förvaltningsrättens mening föreligger således inget utrymme för ovidkommande hänsyn och godtycklighet vid bedömningen av referensuppdragen varför bolagets argumentation i denna del inte kan vinna gehör.

Utvärdering av tilldelningskriterier

Bolaget anser att utvärderingen av anbuden har genomförts med en utvärderingsgrupp där det har medverkat personer med bristande erfarenhet av rekrytering av personer på ledningsnivå. Vidare anser bolaget att Clustera inte kan visa att det uppfyller kravet på att "inneha dokumenterad vana i att driva större upphandlingsorganisationer" och därmed borde Clustera ha tilldelats 0 eller 1 poäng i denna del. Bolaget anser även att det bör ha tilldelats en högre poäng vid utvärderingen av kriteriet av att "inneha dokumenterad vana i att driva större upphandlingsorganisationer", "en god kommunikatör och föreläsare" och "inneha relevanta och personliga nätverk i och utanför Västernorrland i politiska och analytiska miljöer". Sammantaget gör bolaget gällande att utvärderingen har inslag av subjektivitet och godtycke.

Bolaget har inte anfört på vilket sätt det uppfyller kriterierna på bättre sätt än Clustera och således bör ha tilldelats en ytterligare poäng vid utvärderingen. Förvaltningsrätten finner inte heller att det är visat att utvärdering-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND

DOM

en av Clusteras anvisade konsult har varit felaktig och att Clustera därmed skulle ha tilldelats en lägre poäng. Förvaltningsrätten gör bedömningen att de i förfrågningsunderlaget listade tilldelningskriterierna är tillräckligt tydliga och klara för att anbudsgivarna ska kunna avge sina anbud med tillräcklig insikt om hur utvärderingen skulle komma att ske. Vid upphandling av tjänster går det inte att undvika vissa inslag av subjektivitet. Det är först när en upphandlande enhet mer uppenbart försöker framhålla en kandidat eller missgynna en annan utan stöd i underlagen som det finns skäl att underkänna värderingen. Förvaltningsrätten anser inte att bolaget har visat att det föreligger skäl att bedöma utvärderingen som subjektiv eller godtycklig på ett sådant sätt att ett ingripande enligt LOU är motiverat. Förvaltningsrätten kan mot denna bakgrund inte finna att landstinget, i förhållande till de grunder och omständigheter som bolaget åberopat, behandlat bolaget i strid mot LOU. Bolagets ansökan ska därför avslås.

Enligt 16 kap. 21 § LOU ska talan om skadestånd väckas vid allmän domstol. Förvaltningsrätten är således inte behörig domstol att pröva denna fråga, varför bolagets yrkande i denna del ska avvisas.

Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 16 kap. 10 § LOU, enligt vilken den upphandlande myndigheten, när förlängd avtalsspärr råder, inte får ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

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


Carina Ferm Brodén



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND
Förvaltningsrättsnotarien
S Schaidler

DOM
2012-04-19
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
3901-11 E

SÖKANDE

Mason Management AB, 556623-2749
Hamngatan 33
172 66 Sundbyberg

MOTPART

Landstinget Västernorrland
871 85 Härnösand

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten avvisar Mason Management AB:s yrkande om skadestånd.

BAKGRUND

Landstinget Västernorrland (landstinget) som genomför upphandling av förmedlingstjänst – search/headhunting av upphandlingschef, dnr 11LS2213, har i tilldelningsbeslut den 30 november 2011 beslutat att anta Clustera Sverige AB (Clustera) som leverantör.

YRKANDEN M.M.

Mason Management AB (bolaget) begär överprövning och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om med en korrekt utformad anbudsfrågan och en korrekt anbudsutvärdering av skall- och bör-krav vid kvalificering av anbudsgivare samt av skall- och bör-krav vid anbudsutvärdering av objektet - anvisad konsult i lämnat anbud. Vidare yrkar bolaget – under förutsättning att förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning – att landstinget ska förpliktas att utge 400 000 kr i skadestånd för förlorad affärsvinst med anledning av tilldelningsbeslutet i aktuell upphandling:

Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Enligt punkten 4.2. i frågningsunderlaget ska den person som ska arbeta med landstinget bl.a. uppfylla kriterierna på mångåring erfarenhet från ledande befattning och som chef inom upphandlingen samt inneha erfarenhet av politiskt styrda tjänstemannaorganisationer. Bolaget kan inte finna att den anvisade konsulten från Clustera kan styrka ifrågavarande skallkrav varför dess anbud bör ha diskvalificerats vid utvärderingen. I tilldelningsbeslutet anges att Clustera med sitt koncept för kvalitetsstyrning uppfyller det för uppdraget ställda krav enligt punkterna 4.1 och 4.2. Kvalitetsstyrning utgör emellertid inte ett efterfrågat krav i förfrågningsunderlaget varför det inte kan anföras som skäl att anta Clustera som leverantör.

Av punkten 4.3 i underlaget framgår vilka kvalitetskrav som ställs på anvisad konsult varvid bolagets anvisade konsult uppfyller kraven väl. Kraven kan styrkas genom bl.a. tjänstgöringsintyg som chef vid Upphandlingsen-

heten i Landstinget Västmanland där det särskilt anges följande. Konsulten har efter elva års erfarenhet från landstinget en väldokumenterad erfarenhet att driva en upphandlingsorganisation. Denne har lång erfarenhet från att vara kommunikator och föreläsare genom bl.a. sin ledande position och företrätt Lanstingsförbundet vid föredrag i Bryssel och Wien. Dessutom har konsulten erfarenhet från föreläsningar inom landstinget samt vid ett flertal sammankomster anordnade av TietoEnator och Posten.

Bolaget uppfyller även kravet på att "innehå relevanta och personliga nätverk i och utanför Västernorrland i politiska och analytiska miljöer" väl varför det bör ha tilldelats 11 poäng vid utvärderingen i stället för de redovisade 8 poängen. Clustera kan å sin sida inte styrka att kravet beträffande dokumenterad vana av att driva större upphandlingsorganisationer är uppfyllt varför bolaget bör ha tilldelats 0 eller 1 poäng i denna del. Utvärderingen av anbudet har genomförts med en referensgrupp där det har medverkat personer vilka bolaget antar har liten eller ingen erfarenhet av rekrytering av personer på ledningsnivå. För att erhålla en hög nivå i bedömning, få en likabehandling eller neutraliserande intervjuetodik bör intervjuguider tillämpas för att få en hög validitet med hög reliabilitet i utvärderingen. En intervjuguide bör användas bl.a. för att undvika olika influenser som påverkar det slutliga resultatet, vilket är särskilt viktigt när personer med mindre erfarenhet av ledarförsörjning ingår i referensgruppen.

Av förfrågningsunderlaget anges att den anvisade konsult/-ernas kompetens och erfarenhetskrav ska styrkas genom en förteckning över två utförda referensuppdrag under de senaste tre åren av relevans för efterfrågad tjänst.

Av EG-domstolens avgörande i mål C-532/06, Lianakis framgår att det föreligger en valfrihet, dock ej oinskränkt sådan, vad avser olika kriterier som upphandlande myndighet kan använda som utvärderingskriterier. De valda kriterierna ska syfta till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och inte huvudsakligen avse bedömningen av anbudsgivarens

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND

DOM

förmåga att utföra projektet. Mot denna bakgrund bör det vara oförenligt att använda referenser i utvärderingsfasen. Av Kammarätten i Stockholms dom den 19 december 2008, mål nr 5512-08 och Kammarätten i Göteborg den 29 december 2008, mål nr 5910-08 framgår att EG-domstolens dom i Liankis- målet i svensk praxis inte har tolkats som att den uppställer ett totalt förbud mot användandet av referenser som utvärderingskriterium. Det krävs dock en nyanserad bedömning i varje enskilt fall huruvida en utvärdering av referenser kan anses utgöra ett kriterium för att utse det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller om det är ett sådant kriterium som huvudsakligen syftar till att visa på anbudsgivarens förmåga att utföra det aktuella uppdraget och därmed går att hänföra till kvalifikationsfasen. Kravet på referensuppdrag är ett skallkrav som riktas gentemot anbudsgivaren och inte den anvisade konsulten. Skallkravet bör följaktligen användas för kvalificering av anbudsgivaren och inte för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det framgår inte av tilldelningsbeslutet om skallkravet är prövat vid kvalificering av anbudsgivare i upphandlingen. Uppfylls inte skallkravet ska anbudsgivaren diskvalificeras och om det inte är prövat vid utvärderingen ska upphandlingen göras om.

Landstinget bestrider bifall till bolagets ansökan om överprövning och yrkar att bolagets yrkande om skadestånd ska avvisas. Landstinget anför i huvudsak följande. Bolaget har anfört att Clustera inte uppfyller kraven i punkten 4.2. i förfrågningsunderlaget, vilket är felaktigt. I ifrågavarande punkt anges att den person som ska arbeta med landstinget ska uppfylla ett antal krav. Av samma punkt framgår att anvisad konsults kompetens och erfarenhet ska styrkas genom till anbudet fogat CV och en förteckning över två utförda referensuppdrag under de tre senaste åren av relevans för efterfrågad tjänst. Det anges också att förteckningen i svarsbilagan ska fyllas i (se punkten 6 i svarsmallen, del av bilaga 2). Clustera har till sitt anbud presenterat den konsult som offereras och redovisat hans erfarenheter och referenser samt fogat efterfrågad CV. Därtill har punkten 6 i svarsbilagan

fyllts i och fogats till anbudet. Av de till Clusteras anbud fogade handlingar framgår de uppgifter som landstinget efterfrågar och att den person som offereras har lång och gedigen erfarenhet från såväl offentlig som privat verksamhet. Underlaget visar att han har dokumenterade ledaregenskaper, dokumenterad erfarenhet av större komplexa organisationer samt statliga myndigheter/kommuner och privata näringslivet, chefserfarenhet av analysarbete med efterfrågad inriktning, erfarenhet av politiskt styrda organisationer, mångårig erfarenhet från ledande befattningar och upphandling såväl i privat som offentlig verksamhet. Bolaget har uppehållit sig kring anteckningen i tilldelningsbeslutet om kvalitetsstyrning. Visserligen har Clustera offererat ett koncept för kvalitetsstyrning med det har inte haft någon betydelse vid kvalificeringen av företaget. Kvalificeringen har skett mot ställda krav i punkterna 4.1. och 4.2. i förfrågningsunderlaget.

Vad gäller utvärderingen har en upphandlande myndighet i allmänhet stor frihet att inom ramen för affärsmässiga överväganden värdera de anbud som kvalificerat sig till anbudsutvärdering. Vid tillämpningen av utvärderingsmodellen det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är det ofrånkomligt att kriterierna i viss mån bedöms subjektivt vid utvärderingen. Utvärderingskriterierna erbjuden kvalitet och tjänstens pris framgår av punkten 5.1 i förfrågningsunderlaget. Kriterierna för kvalitet redovisas under punkten 4.3 i förfrågningsunderlaget och dessa ska värderas på en skala 0-3. Bolaget har gjort gällande att bolaget borde ha erhållit fler poäng än sammanlagt 8 och Clustera borde ha erhållit färre än sammanlagt 11 poäng. Vidare har bolaget ifrågasatt landstingets sammansättning av utvärderingsgruppen. Vad avser utvärderingsgruppen har landstinget valt att genomföra utvärderingen utifrån en så bred erfarenhet som möjligt med representation från ledning, personalenhet och personalrepresentant för anställda. Gruppen har bestått av ekonomi- och finansdirektör, tillika chef för upphandlingsverksamheten, personalchef, personalkonsulent och facklig företrädare. Landstinget är av den uppfattningen att gruppen har varit väl skickad att

bedöma de anbud som inkommit och även att utvärdera dessa. Exempelvis har den personalkonsulent som medverkat i utvärderingen genomfört ett stort antal rekryteringar på såväl lednings- som chefsnivåer. Personalchefen har under 15 år som personalchef för en concerns fem olika bolag rekryterat ett antal ledningsmedlemmar. Anbuderna har bedömts utifrån de uppgifter som anbudsgivarna lämnat enligt punkten 5.1 i svarsbilagan. Kraven i punkten 4.3 i förfrågningsunderlaget har således bedömts mot den beskrivning av erbjuden kvalitet som anbudsgivarna har lämnat. Uppgifterna har kompletterats vid en intervju med respektive konsult och anbudsgivare. Landstinget har gjort följande bedömning av bolaget respektive Clusteras anbud beträffande punkten 4.3.

Inneha dokumenterad vana i att driva större upphandlingsorganisationer och ha en god analytisk och stilistisk förmåga

Som framgår av Clusteras anbud och dess anvisade konsults CV har denne en bred erfarenhet av upphandlingsorganisationer, såväl inom det privata näringslivet som inom det offentliga. Han har exempelvis i stor omfattning medverkat i olika outsourcingprojekt som till sin natur utgör upphandling. Av anbudet framgår att konsulten har en god förmåga att uttrycka sig i skrift och att han genom sina komplexa uppdrag har en god analytisk förmåga. Inget har framkommit som motsäger konsultens redovisning i anbudet. Bolagets anvisade konsult har inte motsvarande breda erfarenhet. Landstinget har bedömt att Clustera uppfyllt kravet väl och bolaget har uppfyllt kravet. Bolaget har därför tilldelats 2 poäng och Clustera 3 poäng i denna del.

Inneha samt kunna verifiera erfarenhet från ledande ställning i en större organisation eller förvaltning

Clusteras offererade konsult har i sin CV och i sin egen redovisning i anbudet redovisat och verifierat att han haft ledande ställning i såväl större organisationer som förvaltningar, exempelvis Luftfartsverket, ett antal

kommuner, ISS, BAE Systems, Karamellkungen, Myndigheten för tillväxtpolitiska analyser och utredningar, Sveriges Maskinringar ekonomiska förening, HK IT konsult AB. Bolagets redovisade konsult har i vart fall inte en större erfarenhet från ledande ställning än Clusteras.

Vara en god kommunikatör och föreläsare

Clusteras offererade konsult har i sin egen redovisning i anbudet understrukt att han är verbal och kommunikativ och trivs i rollen att stå inför publik samt att han har god förmåga att uttrycka sig. Under intervjun bekräftades att han var en synnerligt god kommunikatör.

Inneha relevanta personliga nätverk i och utanför Västernorrland i politiska och analytiska miljöer

Som framgår av Clusteras offererade konsults CV samt hans egen redovisning i anbudet har han en bred erfarenhet från såväl privata näringslivet som myndigheter. Miljöer som är politiska och analytiska. Han har exempelvis i sin egen redovisning i anbudet understrukt förmågan att skapa kontakter, bibehålla dessa och utveckla långsiktiga relationer med andra människor både i kundledet och hos leverantörer. Bolagets offererade konsult hade i vart fall inte mer omfattande personliga nätverk. Båda ansågs uppfylla kravet. Sammanfattningsvis har landstinget bedömt att Clusteras offererade konsult bäst uppfyllde kvalitetskravet.

Bolaget har vidare gjort gällande att landstinget i utvärderingen har bedömt referenser, vilket är felaktigt. Som framgår av punkten 4.2 sista stycket i förfrågningsunderlaget avser efterfrågade referenser två referensuppdrag för kvalificeringen och inte för utvärderingen. Både Clustera och bolaget har uppfyllt kvalificeringskravet på två referensuppdrag. Landstinget har inte tagit kontakt med angivna kontaktpersoner för att inhämta några uppgifter utan endast kontrollerat att efterfrågade referensuppdrag uppfyllts.

Slutligen ska bolagets talan avseende skadestånd avvisas då det inte ankommer på förvaltningsdomstol att pröva frågan om skadestånd.

Bolaget har i yttrande angett följande. Landstinget har beträffande tilldelningskriterier "Vara en god kommunikatör och föreläsare" anfört att det under intervjun med Clusteras offererade konsult bekräftades att denne var en synnerligen god kommunikatör. Detta visar på att det finns en uppenbar risk för subjektiva beslut i bedömningen. Av förfrågningsunderlaget framgår att leverantören ska uppfylla kravet på referenser för att kvalificera sig. Bolaget finner det dock osannolikt att Clustera kan uppvisa referenser som uppfyller skallkravet och kvalificerar leverantören som anbudsgivare i upphandlingen med hänsyn till dess omsättning. Är referensuppdragen personliga för den anvisade konsulten som utförare kan de endast utgöra referenser som tilldelningskriterier i upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

En upphandlande myndighet 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).

Av 16 kap. 21 § LOU framgår bl.a. att talan om skadestånd väckas vid allmän domstol.

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

4 Krav på tjänst

Samtliga nedanstående obligatoriska krav verifieras vad avser utfyllnad av leverantören genom ifyllnad och eventuell kommentar samt vid behov styrkt genom bifogande av dokument på anvisad plats i svarsbilagan.

4.2 Kompetens- och erfarenhetskrav på anvisad konsult

Person som ska arbeta med Landstinget ska uppfylla följande kriterier:

- Mångårig erfarenhet från ledande befattning och som chef inom upphandling
- Dokumenterade ledaregenskaper
- Dokumenterad analyserfarenhet av större komplexa organisationer
- Chefserfarenhet av analysarbete med inriktning mot verksamhetsutveckling i komplexa organisationer
- Inneha erfarenhet av politiskt styrda tjänstemannaorganisationer, vara tillgänglig i avtalad omfattning, under avtalsperioden 1 december 2011 till 31 december 2012 och värdering av tillgänglighet görs i förhållande till en utpekad konsult tillgänglighet för hela perioden. Den eller dem anvisade konsult/ernas kompetens och erfarenhetskrav styrks genom att det till anbudet bifogas dels en CV, dels en förteckning över två (2) utförda referensuppdrag under de senaste tre åren av relevans för efterfrågad tjänst. Förteckningen i *Svarsbilagan* fylls i.

4.3 Kvalitetskrav på anvisad konsult

Under förutsättning att samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda obligatoriska krav uppfylls, såväl vad avser krav på leverantören som den anvisade konsulten, kommer nedanstående tilldelningskriterier värderas och betygsätts på en skala på 0-3, utifrån följande;

- 0) uppfyller inte
- 1) uppfyller bristfälligt
- 2) uppfyller
- 3) uppfyller väl

Den samlade bedömningen av uppfyllnadsgraden kommer sedermera att ligga till grund för en slutsats kring erbjuden kvalitet som jämte kriteriet pris ligger till grund för kontraktstilldelning.

Tilldelningskriteriet kvalitet:

Konsulten bör;

- inneha dokumenterad vana i att driva större upphandlingsorganisationer och ha en god analytisk och stilistisk förmåga,
- inneha samt kunna verifiera erfarenhet från ledande ställning i större organisation eller förvaltning,
- vara en god kommunikatör eller föreläsare,
- inneha relevanta och personliga nätverk i och utanför Västernorrland i politiska och analytiska miljöer,

Leverantören beskriver och verifierar i sitt anbud hur anvisad konsult uppfyller ovanstående krav. Beskrivningen bifogas till anbudet genom hänvisning till bifogade bilaga/bilagor i svarsbilagan.

5 Utvärdering av anbud

5.1 Tilldelningsgrund och tilldelningskriterier

Under förutsättning av att inkomna anbud uppfyller obligatoriska krav, kommer Landstinget Västernorrland att anta det anbud som efter utvärdering framstår som det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Kriterierna för kontraktstilldelning, angivna i fallande prioritetsordning;

- Erbjuden kvalitet
- Tjänstens pris

Med *erbjuden kvalitet* avses den anvisade konsultens uppfyllnad av kriterierna som följer av p. 4.3 ovan. Samtliga underkriterier inom kriteriet kvalitet tillerkänns lika stort värde i den samlade bedömningen av erbjuden kvalitet.

Med *tjänstens pris* avses lämna anbudspris, angivet per konsulttimme exkl. mervärdesskatt, inkl. samtliga till uppdraget hänförliga kostnader så som framgår av aktuell punkt i svarsbilagan.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att utvärdering vid offentlig upphandling ska göras objektivt i den meningen att inga ovidkommande hänsyn får tas. Det är dock ofrånkomligt att även en objektiv bedömning av inkomna anbud kan rymma ett visst mått av skönsmässighet eller subjektivitet som måste godtas under förutsättning att den upphandlande myndigheten håller sig inom ramen för vad förfrågningsunderlaget kan anses tillåta. Det är endast direkta felbedömningar eller andra brister av viss omfattning som bör leda till ett ingripande enligt LOU.

Uppfyllelse av skallkrav

Bolaget har som grund för sin talan bl.a. åberopat att den anvisade konsulten från Clustera inte kan styrka kravet på "mångårig erfarenhet från ledande befattning och som chef inom upphandling" samt kravet på att "innehå erfarenhet av politiskt styrda tjänstemannaorganisationer". Förvaltningsrätten kan inte finna annat än att den anvisade konsulten enligt ingett anbud och CV uppfyller kraven.

Vidare gör bolaget gällande att landstinget vid utvärderingen av anbuden har tagit hänsyn till vad Clustera har anfört om kvalitetsstyrning trots att det inte är ett krav enligt förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten kan ifrågasätta lämpligheten av att ange "kvalitetsstyrning" i tilldelningsbeslutet då detta inte är kvalificeringskrav i aktuell upphandling. Samtidigt kan förvaltningsrätten inte finna att landstinget har tillmätt det Clustera har anfört om kvalitetsstyrning någon betydelse vid kvalificeringen av anbudet. Clustera uppfyller kraven enligt punkterna 4.1 och 4.2. Med hänsyn härtill gör förvaltningsrätten bedömningen att kvalificeringen av anbudet inte kan anses strida mot LOU i denna del.

Utformningen av kriteriet på förteckning över två referensuppdrag

Fråga i målet är därefter om utformningen av kravet på förteckning över två referensuppdrag strider mot principerna om likabehandling och trans-

parens. Bolaget har gjort gällande att referenserna har använts i utvärderingsfasen, vilket är oförenligt med LOU. Landstinget har å sin sida anfört att referensuppdragen efterfrågas i kvalificeringsfasen och inte i utvärderingsfasen. Landstinget har inte tagit kontakt med angivna kontaktpersoner för att inhämta några uppgifter utan endast kontrollerat att efterfrågade referensuppdrag uppfyllts. Förvaltningsrätten konstaterar att det av punkten 4.2 i förfrågningsunderlaget framgår att konsult/ernas kompetens och erfarenhetskrav ska styrkas genom bl.a. en förteckning över två (2) utförda referensuppdrag. Med hänsyn härtill får landstinget anses ha beaktat referensuppdragen i kvalificeringsfasen. Enligt förvaltningsrättens mening föreligger således inget utrymme för ovidkommande hänsyn och godtycklighet vid bedömningen av referensuppdragen varför bolagets argumentation i denna del inte kan vinna gehör.

Utvärdering av tilldelningskriterier

Bolaget anser att utvärderingen av anbuderna har genomförts med en utvärderingsgrupp där det har medverkat personer med bristande erfarenhet av rekrytering av personer på ledningsnivå. Vidare anser bolaget att Clustera inte kan visa att det uppfyller kravet på att "inneha dokumenterad vana i att driva större upphandlingsorganisationer" och därmed borde Clustera ha tilldelats 0 eller 1 poäng i denna del. Bolaget anser även att det bör ha tilldelats en högre poäng vid utvärderingen av kriteriet av att "inneha dokumenterad vana i att driva större upphandlingsorganisationer", "en god kommunikatör och föreläsare" och "inneha relevanta och personliga nätverk i och utanför Västernorrland i politiska och analytiska miljöer". Sammantaget gör bolaget gällande att utvärderingen har inslag av subjektivitet och godtycke.

Bolaget har inte anfört på vilket sätt det uppfyller kriterierna på bättre sätt än Clustera och således bör ha tilldelats en ytterligare poäng vid utvärderingen. Förvaltningsrätten finner inte heller att det är visat att utvärdering-

en av Clusteras anvisade konsult har varit felaktig och att Clustera därmed skulle ha tilldelats en lägre poäng. Förvaltningsrätten gör bedömningen att de i förfrågningsunderlaget listade tilldelningskriterierna är tillräckligt tydliga och klara för att anbudsgivarna ska kunna avge sina anbud med tillräcklig insikt om hur utvärderingen skulle komma att ske. Vid upphandling av tjänster går det inte att undvika vissa inslag av subjektivitet. Det är först när en upphandlande enhet mer uppenbart försöker framhålla en kandidat eller missgynna en annan utan stöd i underlagen som det finns skäl att underkänna värderingen. Förvaltningsrätten anser inte att bolaget har visat att det föreligger skäl att bedöma utvärderingen som subjektiv eller godtycklig på ett sådant sätt att ett ingripande enligt LOU är motiverat. Förvaltningsrätten kan mot denna bakgrund inte finna att landstinget, i förhållande till de grunder och omständigheter som bolaget åberopat, behandlat bolaget i strid mot LOU. Bolagets ansökan ska därför avslås.

Enligt 16 kap. 21 § LOU ska talan om skadestånd väckas vid allmän domstol. Förvaltningsrätten är således inte behörig domstol att pröva denna fråga, varför bolagets yrkande i denna del ska avvisas.

Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 16 kap. 10 § LOU, enligt vilken den upphandlande myndigheten, när förlängd avtalsspärr råder, inte får ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

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


Carina Ferm Brodén

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet.* Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.