



**LÄNSRÄTTEN
I DALARNAS LÄN**

Länsrättsnotarien
David Gripenhjärta

DOM
2008-12-05
Meddelad i
Falun

Mål nr
2663-08 E
2666-08 E
2667-08 E
Rotel 5

SÖKANDE

Karlheden Consulting KB, 969675-3145
Hagavägen 6
169 69 Solna

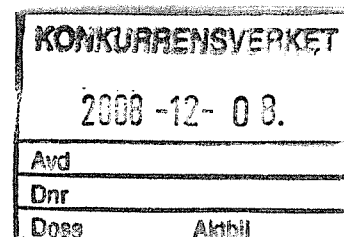
MOTPARTER

1. Borlänge kommun
2. Sätters kommun
3. Ludvika kommun

Ombud för 1-3: Bengt-Olov Olsson
c/o Borlänge kommun
781 81 Borlänge

SAKEN

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



YRKANDEN M.M.

Borlänge kommun, Sätters kommun och Ludvika kommun genomför tillsammans (genom den första kommunens inköpsenhet) offentlig upphandling av rekryteringskonsult (dnr. 17/08:055) genom förenklat förfarande. Avsikten är enligt förfrågningsunderlaget att teckna ett ramavtal med ett eller flera rekryteringsföretag. Kommunerna har beslutat att tre bolag ska tilldelas avtal enligt upphandlingen, med hänvisning till att dessa tre bolag lämnat de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden.

Karlheden Consulting KB (nedan Karlheden Consulting), som inte har tilldelats avtal, ansöker hos länsrätten om överprövning av upphandlingen. Bolaget yrkar att länsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts. Den rättelse som bolaget begär är,

Dok.Id 55978

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-484 00	023-484 80	måndag – fredag
791 21 Falun		E-post: lansrattenidalarna@dom.se		08:00-12:00 13:00-16:00

- såvitt avser urvalskriteriet *kvalitet*, i första hand att länsrätten ska besluta att kommunerna ska notera bolaget för högsta kvalitet enligt den referens som tagits och vidimeras av kommunerna och i andra hand att länsrätten ska besluta att kommunerna genomför kvalitetsprovningen på det sätt som beskrivs i förfrågningsunderlaget.
- såvitt avser urvalskriteriet *pris*, att länsrätten ska besluta att kommunerna ska revidera prisjämförelsen angående test.

Kommunerna bestrider Karlheden Consultings ansökan om överprovning. Om länsrätten finner det skäligt att bolaget tilldelas ett kontrakt, har kommunerna inget att invända mot detta och föreslår i så fall att de upphandlande myndigheterna tillåts teckna ett separat kontrakt med bolaget för tillämpning i de rekryteringsuppdrag där psykologiska test inte bedöms erforderliga.

Länsrätten har den 17 oktober 2008 interimistiskt beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

DOMSKÄL

1. *Relevanta bestämmelser*

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Av 16 kap. 2 § första stycket LOU framgår att 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att 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.

2. Utvärderingen av anbuden enligt kriteriet kvalitet

2.1. Förfrågningsunderlaget

I kommunernas förfrågningsunderlag anges bl.a. följande.

De tjänster som upphandlingen avser kommer främst att användas vid mer kvalificerade rekryteringar av typen chefs- och specialistbefattningar.

En av de tjänster som upphandlingen avser är kandidatanalys. Kandidatanalys är tester och djupanalyser av de kandidater som är aktuella, med återkoppling till beställaren.

Anbudsgivare ska styrka att efterfrågade tjänster kan levereras. I anbud ska redovisas vilka arbetsmetoder som tillämpas och vilka testmetoder som används. Till anbud ska fogas en förteckning över de viktigaste uppdrag som genomförts under de tre senaste åren, med uppgift om uppdragsgivare.

Kommunernas ska anta de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden enligt i underlaget angivna kvalificeringsgrunder och kriterier. Kriterierna pris och kvalitet ska tillmätas lika stor vikt.

Efter kvalificeringen ska utvärdering av anbuden ske, med hänsynstagande till kriterierna kvalitet och pris.

Kriteriet kvalitet avser utföranderesultat och kundnöjdhet samt tidigare uppdragsgivares uppfattning om leverantörens utföranderesultat och leverantörens förmåga till samarbete och lyhördhet för uppdragsgivarens önskemål och målsättning. Bedömningen enligt kriteriet ska ske genom referenstagning hos de uppdragsgivare som lämnat referens till inkommet anbud. Följande frågor ska ställas till referensgivarna:

- Hur fungerade uppdragsprocessen med avseende på flexibilitet och lyhördhet?
- Hur bedöms utföranderesultatet efter slutfört uppdrag?
- Har leverantören haft förmåga att hålla utsatt budget för uppdraget?
- Hur väl uppfylldes förväntningar om kompetens och erfarenhet?

Poängsättning ska ske för respektive fråga enligt en skala på 0-5 poäng. Medelvärdet av bedömningarna ska läggas till grund för utvärderingen.

2.2. Karlheden Consultings anbud

Såvitt avser tjänsten kandidatanalys anges i Karlheden Consultings anbud bl.a. följande. I de flesta rekryteringar använder bolaget sig av ett instrument för personlighetsanalys kallat Thomastest. Instrumentet är dock inget test i ordets verkliga bemärkelse utan ger en analys av kandidatens personlighet. Bolaget genomför själv analysen men köper utvärderingen av en konsultkollega som är certifierad för detta analysinstrument. Skulle kunden vilja komplettera eller ersätta personlighetsanalysen med psykologtest kan detta förstås arrangeras.

Såvitt avser kriteriet kvalitet anges i anbudet fyra referenser med avseende på ett flertal tidigare uppdrag hos Upplands-Bro kommun.

2.3. Anbudsutvärderingen

Av kommunernas anbudsutvärdering framgår att Karlheden Consulting inom ramen för kriteriet kvalitet har tilldelats totalt fyra poäng. De tre bolag vars anbud har antagits har inom samma kriterium tilldelats fem poäng. Av anbudsutvärderingen framgår dock inte på vilket sätt anbudsgivarnas poäng har beräknats.

2.4. Karlheden Consulting och kommunernas anföranden hos länsrätten

Karlheden Consulting anför i huvudsak följande. Någon sådan referenstagning som anges i förfrågningsunderlaget har inte ägt rum. Av de fyra referenter som bolaget har angivit har endast en kontaktats. De preciserade frågorna har dock inte ställts utan referenstagningen har haft formen av ett allmänt samtal. Referenten har vid samtalet, enligt uppgift, gett bolaget de bästa rekommendationer. Detta vidimeras också av kommunerna. Kommunerna har, istället för att bedöma kvaliteten, gjort en bedömning av anbudsgivarnas resurser, främst av antalet test som kunnat erbjudas. Det går dock inte att bedöma hur bedömningen av kvalitet har gått till, eftersom någon dokumentation om detta inte finns i kommunernas underlag till beslut. Bolaget har endast angivit ett test. Hade det framgått av underlaget att detta var ett av kvalitetskriterierna så skulle dock ytterligare ett antal ha kunnat erbjudas, genom anlitan av underkonsult. Kommunerna hävdar att bolaget inte har offererat psykologiska test på det sätt som föreskrivs i förfrågningsunderlaget. I förfrågningsunderlaget finns dock inte ett ord som föreskriver på vilket sätt test ska offereras. Kommunerna har i sin bedömning av kvaliteten bortsett från sin egen definition av hur kvaliteten ska bedömas. En förvirrande faktor är kommunernas svepande användning av uttrycket "psykologiska test". Om uttrycket inte noga preciseras i en referenssituation kan svaren bli missvisande. Genom att kommunerna förändrat

spelreglerna har de gett sig själva möjlighet att godtyckligt välja anbudsgivare, utan hänsyn till vare sig faktisk objektiv kvalitet eller pris.

Kommunerna anför i huvudsak följande. Karlheden Consulting har lämnat det prismässigt fördelaktigaste anbudet. Bolaget har dock inte offererat psykologiska test på det sätt som föreskrivs i förfrågningsunderlaget. Övriga anbudsgivare har offererat en rad olika tester varav de flesta är personlighetstest och begåvningsstest, men även övriga typer av psykologiska tester förekommer. Kommunerna har fått klart för sig att bolaget inte har levererat några psykologiska test vare sig i egen regi eller genom underkonsult. Bolaget har företrädesvis använts i chefsrekryteringar på mellannivå. Dessa rekryteringar har oftast varit lyckosamma och andra rekryteringskonsulter har nyttjats i de fall psykologiska test ansetts erforderliga. Att bolaget kunnat offerera psykologiska test via underkonsult hade i och för sig kunnat vara ett sätt att eliminera kvalitetsbristen, men denna lösning föresvävade inte kommunerna då bolagets anbud förmedlar en bild av en konsult som framhäver intervjuer och referenstagning som verktyget med stort V och som istället för testning föreslår inhyrning av psykolog. Bilden förstärks av referenstagningar som ger vid handen att bolaget enbart utfört uppdrag utan inslag av psykologiska test. Att det i förfrågningsunderlaget inte finns preciserat exakt vilka typer av test som ska kunna erbjudas är en följd av att upphandlingen är av funktionskravskaraktär och att anbudsgivarna därigenom ska stimuleras att forma egna förslag. Avsnittet kandidatanalys i Karlheden Consultings anbud håller inte samma höga standard som konkurrenternas vilket motiverar ett något sänkt kvalitetsomdöme. Avsaknaden av t.ex. begåvningsstest ser kommunerna mer som en kvalitetsbrist än en resursbrist.

2.5. Länsrättens bedömning

Av utredningen i målet framgår inte annat än att kommunerna, vid utvärderingen av Karlheden Consultings anbud enligt kriteriet kvalitet, har genomfört referenstagning hos samtliga referenter som bolaget har hänvisat till i sitt anbud. Det får emellertid anses som ostridigt att kommunerna inte har ställt de preciserade frågor som anges i förfrågningsunderlaget. Det framgår inte heller att någon anbudsgivares poäng inom kriteriet kvalitet skulle ha räknats ut som medelvärdet av de poäng som ska fördelas på respektive fråga. Kommunerna har vid utvärderingen tagit hänsyn till att Karlheden Consulting inte har offererat psykologiska test, att bolaget företrädesvis har använts i chefsrekryteringar på mellannivå, att bolaget förmedlar en viss bild med avseende på val av verktyg och att bolaget enbart har utfört uppdrag utan inslag av psykologiska test. Sådana hänsynstaganden inom ramen för kriteriet kvalitet saknar uttryckligt stöd i förfrågningsunderlaget.

På grund av det sagda gör länsrätten bedömningen att kommunerna har avvikit från genom förfrågningsunderlaget uppställda förutsättningar för den offentliga upphandlingen. Detta agerande står i strid med principen om öppenhet enligt 1 kap. 9 § LOU.

3. Utvärderingen av anbuden enligt kriteriet pris

3.1. Förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

En av de tjänster som upphandlingen avser är kandidatanalys. Kandidatanalys är tester och djupanalyser av de kandidater som är aktuella, med återkoppling till beställaren.

Tjänsten kandidatanalys ges ett fast pris. Omfattning beräknas för att anbudsutvärderingen ska ge en rättvisande totalbild. I offererat fast pris ska alla moment ingå som erfordras för fullgörande av leverans enligt uppdragsbeskrivningen. Vid poängsättning för tjänster med fast pris sätts poäng i relation till lägsta anbud.

3.2. Karlheden Consultings anbud

Såvitt avser tjänsten kandidatanalys anges i Karlheden Consultings anbud bl.a. följande. Priset per personlighetsanalys är 1 600 kr. Eftersom analysen görs i samband med intervjun gäller enbart detta pris. Skulle kunden vilja komplettera eller ersätta personlighetsanalysen med psykologtest är priset för ett sådant test normalt 14 000 kr.

3.3. Anbudsutvärderingen

Av kommunernas anbudsutvärdering framgår bl.a. att kommunerna vid beräkningen av respektive anbudsgivares jämförelsepris för tjänsten kandidatanalys (kr./kandidat) har utgått från priser på begåvningsstest och personlighetstest (kr./test). Jämförelsepriserna har därefter räknats om till motsvarande relationstal, vilka har inkluderats vid den slutliga sammanställningen enligt kriteriet pris.

3.4. Karlheden Consulting och kommunernas anföranden hos länsrätten

Karlheden Consulting anför i huvudsak följande. Kommunerna har vid sin prisjämförelse av tester och djupanalyser beaktat priset dels på begåvningsstest, dels på personlighetsanalys och har låtit vardera medelvärde utgöra en av grunderna för viktningen. Ingen anvisning finns i upphandlingsunderlaget om att en sådan uppdelning ska äga rum. Att låta ett medelvärde ligga till grund för variabeln pris per kandidat, då något av priserna saknas,

ger ett gravt felaktigt resultat. Felet ligger i att låta ett icke preciserat pris på 65 000 kr. från en anbudsgivare påverka medelvärdet medan övriga anbudsgivare ligger på mellan 5 000–22 000 kr. Prisjämförelsen är också missvisande eftersom man låtit priset på begåvningstest vara en beräkningsfaktor, utan att i förfrågningsunderlaget ens nämna att priset på begåvningstest ska anges. Hade det framgått av underlaget att priset på begåvningstest var ett priskriterium skulle bolaget ha kunnat erbjuda minst ett prissatt begåvningstest. Bolaget har som kompletterande information i sitt anbud angett att en heldags omfattande psykologtest kan erbjudas för 14 000 kr. Detta pris är irrelevant för prisbedömningen, eftersom det inte kan rubriceras som vare sig begåvningstest eller personanalys. Kommunerna har dock vid sin prisjämförelse angivit priset som det enda pris i det ”pris per kandidat” som utgör en annan grund för viktningen, vilket missgynnar bolaget.

Kommunerna anför i huvudsak följande. Anbudsgivarna har erbjudit test av olika typ och till mycket varierande pris. För att skapa jämförbarhet har testmetoderna grupperats i personlighetstest, begåvningstest och övriga test varpå prisindikatorer skapats genom att belasta varje anbud med priset för ett personlighetstest och ett begåvningstest. Dessa två test bedöms vara de som mest frekvent förväntas bli använda. De är vanligast och har offererats av flertalet anbudsgivare. Med utgångspunkt i denna iakttagelse har en jämförelsemetod som beaktar lägsta pris på en mix av begåvningstest och personlighetstest tillämpats. I de fall anbudspris saknas har anbudsgivaren belastats med medelvärdet av tillämbart pris från övriga anbudsgivare. I de fall kandidatanalysen offererats som ett schablonbelopp för i princip erforderliga testinsatser har dess summor använts i indikator-tillverkningen (anbud 11 och 12). I Karlheden Consultings fall har prisuppgiften för psykologkonsult, som den presenterats i anbudet, använts. Denna prisuppgift ligger för övrigt mycket nära nämnda medelvärde. I anbudet framställs psykologiska test som någonting som endast tillämpas om uppdragsgivaren sär-

skilt begär det och då är arvodet för ett personlighetstest 1 600 kr. om det utförs i samband med intervjun eller 14 000 kr. om den utförs separat av en certifierad konsult. Det är detta senare belopp som använts i prisjämförelsen. Det kan diskuteras om detta är ett rättvisande pris då det endast omfattar personlighetstest. Ett alternativt sätt att resonera är att istället för 14 000 kr. belasta anbudet med ett genomsnitt av övriga anbudspriser. Detta hade dock gett ett snarlikt utfall, 13 548 kr.

3.5. Länsrättens bedömning

Vid en sammantagen bedömning kommer länsrätten fram till att kommunerna vid utvärderingen enligt kriteriet pris, såvitt avser tjänsten kandidatanalys, har beräknat anbudsgivarnas jämförelsepriser och relationstal på ett sätt som saknar stöd i förfrågningsunderlaget. Den valda beräkningsmetoden framstår som närmast godtyckligt vald och tillämpad på ett inkonsekvent sätt. Framför allt har Karlheden Consulting inte haft någon rimlig möjlighet att förutse att kommunerna skulle komma att räkna ut respektive anbudsgivares jämförelsepris och motsvarande relationstal för tjänsten kandidatanalys (kr./kandidat) med utgångspunkt från priser på begåvningsstest och personlighetstest (kr./test). Det har därmed också blivit avsevärt svårare för bolaget att inge ett konkurrenskraftigt anbud. Det är visserligen möjligt att upphandlingen kan anses vara av funktionskravskaraktär och att kommunerna genom sitt agerande har velat stimulera anbudsgivarna till att forma egna förslag. Även om så är fallet har dock kommunerna vid utvärderingen gått utanför ramarna för vad som kan anses vara en rimlig uttolkning av förfrågningsunderlaget.

På grund av det sagda gör länsrätten bedömningen att kommunerna har avvikit från genom förfrågningsunderlaget uppställda förutsättningar för den offentliga upphandlingen. Detta agerande står i strid med principen om öppenhet enligt 1 kap. 9 § LOU.

4. Sammanfattning

Kommunerna har vid anbudsutvärderingen brutit mot principen om öppenhet enligt 1 kap. 9 § LOU. Länsrätten bedömer att Karlheden Consulting därigenom har lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt länsrätten har förfrågningsunderlaget utformats på ett sådant sätt att förutsättningarna för anbudsutvärderingen framgår endast mycket vagt. Det anges t.ex. inte att begävningstest och personlighetstest bedöms vara de tester som mest frekvent förväntas bli använda och därför kommer att ligga till grund för anbudsutvärderingen enligt kriteriet pris. Anbudsgivarna har därför inte vid utformningen av sina anbud kunnat förutse vilka slags omständigheter som skulle komma att bli av betydelse vid anbudsutvärderingen. Rättelse är följaktligen inte en tillräckligt ingripande åtgärd, varför den offentliga upphandlingen bör göras om.

DOMSLUT

Länsrätten bestämmer att Borlänge, Sätters och Ludvika kommuns offentliga upphandling av färgvaror och tillbehör (dnr. 17/08:055) ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1c).


Lennart Andersson