



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-02-02
 Meddelad i Stockholm

Mål nr
 25686-11
 Enhet 12

SÖKANDE

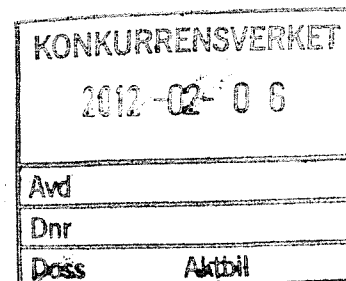
Trust Partner Malmö AB, 556683-9949
Ombud: Christina Möll
 Europakontoret i Skåne AB
 Övre västersjövägen 106
 266 97 Hjärnarp

MOTPART

Tillväxtverket
 Stockholm
 Box 4044
 102 61 Stockholm

SAKEN

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår Trust Partner Malmö AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 198932

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Tillväxtverket genomför en upphandling av rekryteringstjänster, dnr 8511-2010-4656 (upphandlingen). Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU och syftar till att träffa ramavtal med en leverantör för det anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga. Enligt en underrättelse den 16 december 2011 avser Tillväxtverket att sluta avtal med en annan leverantör än Trust Partner Malmö AB (Trust Partner). I underrättelsen meddelas även att Trust Partners anbud inte utvärderats på grund av att endast två av bolagets angivna referenspersoner svarat. Tillväxtverket har upplyst förvaltningsrätten om att beslut att inleda upphandlingen togs den 7 september 2011.

Trust Partner ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta om rättelse på så vis att bolagets anbud tas med vid utvärderingen. Trust Partner yrkar vidare att upphandlingen ska göras om för det fall förvaltningsrätten anser att det är riktigt att referenstagningen ska ske i kvalificeringsfasen. Till stöd för talan anför Trust Partner i huvudsak följande. Upphandlingen strider mot 1 kap. 9 § LOU genom att Tillväxtverket förkastat Trust Partners anbud vid utvärderingen. Det har varit fullt möjligt för Tillväxtverket att inhämta erforderliga upplysningar angående anvisade referenter, trots att referensadresserna inte har stämt. Att frånta Trust Partner möjligheten att få sitt anbud prövat strider inte bara mot de bärande principerna i LOU, utan medför även en fara för att Trust Partner förlorar en rättmätig plats som leverantör i upphandlingen.

Tillväxtverket har sammanblandat referensers värde med utvärderingen och låtit detta värde utgöra ett tilldelningskriterium. Enligt praxis ska ett utvärderingskriterium alltid kopplas till det som upphandlas och inte till den som erbjuder tjänsten. Att utvärdera och tillmäta referensers värde en avgörande vikt i tilldelningsfasen strider därför mot upphandlingsrätten i allmänhet och likabehandlingsprincipen i synnerhet.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

Till stöd för talan hänvisar Trust Partner bl.a. till Kammarrätten i Sundsvall i mål nr 3474-08, EG-domstolen i mål C-31/87 Beentjes och C-532/06 Lianakis.

Tillväxtverket bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande. Trust Partner var en av tre anbudsgivare som gick vidare till utvärdering. Trust Partners anbud uppfyllde samtliga ställda krav på leverantören. Under punkten 4.2. i Kravspecifikationen framgår att ”minst fem personer måste svara för att anbudsgivaren ska få vara kvar i upphandlingen”. Tillväxtverket påbörjade referenstagningen av Trust Partner men detta moment kunde inte slutföras för Trust Partners del eftersom Tillväxtverket inte fått svar från referenspersonerna i den omfattning som uppställts som krav för utvärderingen, dvs. fem personer. För Trust Partners del inkom endast två referenssvar. Två referenspersoner svarade inte över huvud taget och de resterande två referenspersonerna fick inte Tillväxtverket kontakt med av det skälet att de angivna mejladresserna inte fungerade. Att Tillväxtverket skulle kontakta referenspersonerna via telefon för att inhämta erforderliga upplysningar strider mot likabehandlingsprincipen. Särskilt då annan anbudsgivare bara inkommit med telefonnummer men inte några e-postadresser, varför den sistnämnda anbudsgivaren uteslöts i kvalificeringsfasen.

Det finns inte något generellt förbud mot att beakta referenser vid anbudsutvärdering så länge som referenstagningen syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vid bedömningen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är kvalitet och pris av avgörande betydelse. I detta ärende är det korrekt att använda sig av referenser vid utvärderingen för bedömningen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Frågorna som ställts till referenterna avser bl.a. kvalitet på utförda tjänster, om överenskommen tidplan kunnat hållas och om uppföljning. Frågorna och hur utvärdering/viktning av referenstagningen ska komma att ske har tydligt angivits under punkten 4 under rubriken Utvärdering i Kravspecifikationen. Referenstagningen i anbudsutvärderingen har således syftat till att utröna hur anbudsgivaren har utfört sin tjänst och hur nöjda referenspersonerna varit med huvudkonsultens

insats och inte till att bedöma anbudsgivarens erfarenhet, kvalifikationer och resurser som sådana. Tillväxtverket anser därför att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 1 LOU har respekterats.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 12 kap. 1 § andra stycket gäller att vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, myndigheten ska ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

I den i målet tillämpliga lydelsen av 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

I Förfrågningsunderlag under punkten 2. Uppdrag, anges bl.a. följande.

Att vid avrop leverera stöd vid chefsrekryteringar och specialistrekryteringar. Andra rekryteringar kan i vissa fall bli aktuella, t.ex. vid arbetstoppar. Olika delar i rekryteringsprocessen ska kunna avropas beroende på hur behovet ser ut i aktuell rekrytering.

I Kravspecifikation under punkten 4. Utvärdering, anges bl.a. följande.

Efter anbudsöppning genomförs prövning och utvärdering av de anbud som inkommit i rätt tid enligt följande:

Prövningen och utvärderingen kommer att genomföras med utgångspunkt i de uppgifter som anbudsgivaren redovisat i sitt anbud. Att samtliga skalkrav är uppfyllda är en förutsättning för att anbudet ska gå vidare till anbudsutvärdering.

Först prövas att anbuden uppfyller att de ställda kraven på tjänsten inklusive avtalsvillkoren, är uppfyllda. Bland de anbud som kvarstår kommer Tillväxtverket att anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga utifrån nedan beskrivna utvärderingsmetod.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

4.1 Tilldelningskriterier

Följande två tilldelningskriterier kommer att användas vid anbudsutvärderingen:

Pris (vikt 50 %)

Mervärde 1 = Referenstagning (vikt 50 %)

Utvärderingen innebär att pris och mervärde jämförs anbud emellan. För att göra denna jämförelse används en beräkningsmodell som möjliggör jämförelse mellan priset och det aktuella mervärdet.

4.2 Referenstagning

Tillväxtverket kommer att bedöma huvudkonsultens kompetens genom referenstagning. Referenstagningen kommer att ske via mejlutskick till de sex personer som angivits i anbudet (se rubrik 2.5 Yrkesmässig kapacitet). Minst fem referenspersoner måste svara för att anbudsgivaren ska få vara kvar i upphandlingen. Följande frågor kommer att ställas:

1. Hur väl har konsulten kunnat anpassa uppdraget till era behov?
2. Hur kompetent anser du att konsulten är; dvs. förmågan att lösa uppgiften?
3. Hur väl har konsulten återkopplat resultat och fört dialog?
4. Hur väl har överenskommen tidsplan kunnat hållas?
5. Hur tycker du att samarbetet med konsulten har fungerat?
6. Hur nöjd är du sammantaget med konsultens insats?

Referenterna får sätta betyg enligt en femgradig skala där skalstegen motsvarar 5) Mycket bra, 4) God, 3) Måttlig 2) Otillfredsställande eller 1) Dålig.

Ett medelvärde, som max kan bli 30 poäng, räknas ut genom att dela totalpoängen efter samtliga referenstagningar med antal referenser.

Förvaltningsrättens bedömning

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.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 5 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att det visas att sökanden har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Referenstagning

Trust Partner har i denna del anfört att Tillväxtverket felaktigt har bedömt att bolaget inte har tillhandahållit kontaktoppgifter till referenter och att Tillväxtverket brutit mot proportionalitetsprincipen i sin handläggning av ärendet genom att underlåta att kontakta anvisade referenter och därmed hindra bolaget från att få sitt anbud prövat.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det generellt sett inte kan anses strida mot LOU eller någon av dess grundläggande principer att enbart ta upp referenser per mejl. Att referenstagning kommer att ske via mejlutskick samt att minst fem referenspersoner måste svara för att anbudsgivaren ska få vara kvar i upphandlingen framgår direkt av förfrågningsunderlaget och måste därför anses förutsebart. Förvaltningsrätten anser således att utvärderingsmodellen som sådan får anses vara förenlig med LOU och dess grundläggande principer. Frågan är därefter om Tillväxtverket har haft fog för att förkasta Trust Partners anbud på den grunden att de inte fått svar från fem referenspersoner. Förvaltningsrätten anser att det normalt torde ankomma på anbudsgivaren att tillse att åberopade referenspersoner finns tillgängliga på angiven mejladress. Varken av förfrågningsunderlaget eller av LOU i övrigt kan utläsas någon skyldighet för Tillväxtverket att försöka komma i kontakt med referenspersoner på andra sätt än genom angiven mejladress. Det framkommer inte heller att Tillväxtverkets försök att nå de åberopade referenspersonerna på angivet sätt får anses otillräckliga. Tillväxtverket har därför haft fog för att förkasta Trust Partners anbud. Vad Trust Partner anfört kan således inte medföra ett ingripande med stöd av LOU.

Referenser som utvärderingskriterium i tilldelningsfasen

Trust Partner har även anfört att referenters utlåtanden på ett EU-rättstridigt sätt har använts som tilldelningskriterium.

En förutsättning för att använda referenser i utvärderingsfasen är att referenstagningen syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av EG-domstolens avgörande i mål C-532/06 Lianakis framgår att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet samt vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivare förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier. Vilka kriterier som är relevanta måste emellertid, enligt förvaltningsrättens bedömning, bedömas från fall till fall. Vad som i ett fall kan betraktas som


ett typiskt kvalificeringskrav kan i ett annat fall utgöra ett utvärderingskriterium.

Den i målet aktuella upphandlingen avser rekryteringstjänster innefattande i huvudsak stöd vid chefsrekryteringar och specialistrekryteringar. De frågor som ställts till referenspersonerna och som utgör kriterier som ska användas vid utvärderingen är, enligt förvaltningsrättens bedömning, inte huvudsakligen hänförliga till anbudsgivarens kvalifikationer och yrkesmässiga kapacitet, utan till föremålet för upphandlingen, dvs. den tjänst som anbudsgivaren erbjuder. Referensupptagningen i anbudsutgivningen har således syftat till att utröna hur anbudsgivaren tidigare har utfört sin tjänst och hur nöjda tidigare kunder varit med tjänsten och inte till att bedöma anbudsgivarens erfarenhet, kvalifikationer och resurser som sådana. Vad Trust Partner anfört i denna del kan således inte heller medföra ett ingripande med stöd av LOU.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att vad Trust Partner har anfört inte visar att Tillväxtverkets försök att nå referenspersonerna har varit otillräckliga eller att upphandlingen i övrigt, mot bakgrund av vad som anförts, har genomförts i strid med LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna. Bolagets ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a LOU)



Anna Stenberg

Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Elisabeth Larsson.



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 var till 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 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 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 uppge 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