



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
 Avdelning 2

DOM
 2012-03-06
 Meddelad i
 Göteborg

Mål nr
 16977-11 E
 Enhet 2:1

KONKURRENSVERKET	
2012-03-06	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

Bemannia AB, 556626-8347
 Sveavägen 155
 113 46 Stockholm

Ombud: Advokaten Andreas Hagen och jur. kand. Peter Meilink
 Advokatfirman Inter i Stockholm AB
 Box 87
 101 21 Stockholm

MOTPART

Chalmers tekniska högskola AB, 556479-5598
 412 96 Göteborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 132138

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se	031 - 711 78 59	måndag – fredag 09:00-15:00

YRKANDEN M.M.

Bemannia AB ansöker om överprövning och yrkar att i första hand att upphandlingen ska göras om. I andra yrkas att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Till stöd för talan anförs bl.a. följande.

Förfrågningsunderlaget redovisar inte ett tillräckligt tydligt underlag för anbudsgivningen rörande de villkor och utvärderingskriterier som ska gälla för upphandlingen. Utvärderingskriterierna är inte tillräckligt tydliga utan ger alltför stort utrymme för godtycke i strid med 1 kap. 9 § LOU.

Förusebarhet/tydlighet

Det framgår inte av förfrågningsunderlaget vilka krav som ska vara uppfyllda för att erhålla viss poäng avseende börkraven B1, B2, B3 och B4.

Proportionalitet m.m.

Börkravet B1 – personalinhyrningstjänster – avser Chalmers möjligheter att överta inhyrd personal. Anbudsgivaren ska ange kriterierna för detta. Kravet poängsätts mellan 1-10 poäng, dvs. en dryg tredjedel (10/27) av det sammantagna antalet poäng som kan utdelas för börkraven. Något naturligt samband mellan upphandlingsföremålet – personalinhyrningstjänster – och kravet finns inte. I normalfallet avseende personaluthyrning så spelar villkoren för övertagande av personal en liten roll. Kravet har därför tillmätts en omotiverad och oproportionerligt stor vikt. Om Chalmers ansett att övertagandevillkoren var viktiga och att övertaganden sker i stor utsträckning så borde Chalmers i så fall ha angett hur stor del av den inhyrda personalen som kunde bli föremål för övertagande. Även detta förhållande medför att anbudsgivarna inte på ett riktigt sätt kan bedöma hur deras anbud ska utformas. Då kravet närmast rör ekonomiska villkor är det egentli-

gen ett priskriterium. Det kan även ifrågasättas om upphandlingen i denna del verkligen avser inhyrning eller om den avser rekrytering. Upphandlingen brister i denna del både i förutsebarhet och proportionalitet.

Skada

Till följd av bristerna i upphandlingsförfarandet har Bemannia lidit eller riskerar att lida skada.

Chalmers yrkar att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Chalmers har inte angett några ekonomiska åtaganden av den anledningen att de efterfrågat anbudsgivarens kvaliteter vad avser kraven i B1-B7 för personalinhyrning och kraven B1-B4 för rekryteringstjänster. De börkrav där Chalmers valt att bedöma anbudssvar på en intervallskala har Chalmers avsiktligt inte styrt vad som krävs för maximal respektive minimal poäng och poängen däremellan av den orsaken att Chalmers inte velat styra anbudsgivarnas fria beskrivning av hur de uppfyller kraven.

När det gäller B1 avseende personalinhyrningstjänster har Chalmers inte ställt några kvalitativa krav som skall vara uppfyllda för övertagande av personal av den anledningen att sådant övertagande är ett önskemål från Chalmers sida. ”Ange villkor för övertagande av konsult för anställning (B1(1-10 p))” ska istället tolkas som att Chalmers ber om en beskrivning av de villkor som anbudsgivare har för övertagande. Det är inte en prisfråga, varför bolagets påstående att kravet B1 egentligen är ett priskriterium är felaktigt. Priser för övertagande har inte bedömts utan villkoren i stort.

Det kan visserligen tyckas oproportionerligt att B1 omfattar 10 av 27 poäng för börkraven men tillsammans med alla skallkrav (19 stycken) och övriga börkrav (sammanlagt 7 stycken) anser Chalmers ändå att det är rimligt med avseende på den historiska erfarenhet Chalmers har av övertagan-

de av personal. Chalmers har goda erfarenheter av övertagande av personal från bemanningsföretag och övertagandekvoten överstiger klart det mått som bolaget anser vara normalt, dvs. 1-2 procent. Chalmers anser därför att detta krav har stor betydelse för utvärderingen av anbudsgivarna. Poängvikten är därför relevant.

Inte heller för B4 har några kvalitativa krav ställts upp som skall vara uppfyllda. "Beskriv hur ni rekryterar konsulter för uthyrning (B4 (1-5 poäng)) syftar just på att anbudsgivare ska lämna en beskrivning av hur rekryteringsprocessen ska gå till.

Bemannia har inte visat på vilket sätt bolaget kan komma att lida skada. Av utvärderingsprotokollet framgår att bolaget ligger långt ifrån att komma ifråga som leverantör. Oavsett om viktningen skulle komma att ändras påverkas inte bolagets relativa placering gentemot konkurrerande företag på så sätt att det skulle kunna komma ifråga som leverantör.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta 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.

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 beaktas.

Förvaltningsrättens bedömning

Förfrågningsunderlagets utformning – förutsebarhet

EU-domstolen har konstaterat att tilldelningskriterier ska vara formulerade så att rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka dessa på samma sätt. Vidare har Högsta förvaltningsdomstolen uttalat att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och förstå hur utvärderingen ska gå till.

De inom EU-rätten gällande principerna om bl.a. likabehandling och transparens (öppenhet och förutsebarhet) har i praxis ansetts kräva att förfrågningsunderlaget ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör har möjlighet att bedöma vad den upphandlade myndigheten efterfrågar och hur utvärderingen kommer att gå till samt kunna kontrollera att upphandlingen har genomförts på ett korrekt sätt. Ett väl utarbetat förfrågningsunderlag med en tydlig struktur underlättar för leverantörerna i arbetet med utformningen av sina anbud, men även för den upphandlande myndigheten vid utvärderingen av anbuden. Den upphandlande myndigheten har emellertid alltid friheten att formulera utvärderingskriterierna utifrån sina behov så länge dessa är transparenta och inte strider mot övriga grundläggande principer i LOU.

Proportionalitetsprincipen innebär att en upphandlande myndighet inte får ställa högre krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Förfrågningsunderlaget anger ett flertal börkrav (B1-B4) som ska värderas och poängsättas inom vissa närmare angivna poängskalor. Däremot anges inte vilka kvalitativa krav som ska vara uppfyllda för att erhålla en viss poängnivå. Förfarandet vid utvärderingen har därför lämnat ett stort utrymme för godtycklighet och därmed för en bedömning som inte grundar sig på objekt fastställda kriterier, utan som i stället innehåller ett stort mått av subjektivitet och i princip fri prövningsrätt för den upphandlande myndigheten. Detta innebär att leverantörer saknat möjlighet såväl att förutse vad som skulle komma att tillmätas betydelse vid prövningen av anbuden som att kunna utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Detta medför att förfrågningsunderlaget har varit bristfälligt i fråga om förutsebarhet och att utvärderingsmodellen därför får anses strida mot den unionsrättsliga principen om transparens.

I förfrågningsunderlaget har inte lämnats någon närmare information om sambandet med övertagandevillkoren i B1 och upphandlingsföremålet – personalinhyrningstjänster. Kravet strider därför mot den grundläggande unionsrättsliga principen om proportionalitet.

Chalmers förfrågningsunderlag innefattar enligt det ovan anförda i vissa delar brister i så måtto att kraven på öppenhet och proportionalitet inte varit uppfyllda och underlaget har gett utrymme för godtycklighet. Utformningen av förfrågningsunderlaget kan ha påverkat hur bolaget utformat sitt anbud. Att bolaget enligt utvärderingsprotokollet ligger långt från att komma ifråga som leverantör medför inte att bolaget, om förfrågningsunderlaget varit utformat så att kravet på öppenhet varit uppfyllt, inte skulle ha avlämnat ett sådant anbud att det kunnat komma ifråga som leverantör. Det sagda innebär att Chalmers brott mot i vart fall principen om transparens sannolikt medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada, varför det finns grund för att tillgripa åtgärder enligt LOU.

Eftersom bristerna får betecknas som väsentliga och hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet är det inte tillräckligt med endast en rättelse, utan upphandlingen måste göras om.

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

Urban Karlsson

Rådman

Föredragande i målet har varit föredraganden Michaël Koch.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

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

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

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

DV 3109/1B LOU