



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2010-05-07
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 21397-10
 Enhet 13

SÖKANDE

Bemania AB, 556626-8347
 Sveavägen 155
 113 46 Stockholm

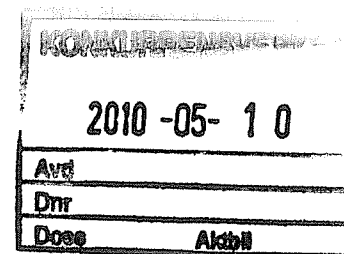
Ombud: Staffan Bruzelius
 Adress som ovan

MOTPART

Järfälla kommun
 177 80 Järfälla

SAKEN

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



DOMSLUT

1. Förvaltningsrätten bifaller Bemania AB:s ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.
2. Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 1 februari 2010 upphör härmed att gälla.

Dok.Id 13834

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

BAKGRUND

Järfälla kommun (kommunen) har genomfört en upphandlig av rekryteringsstöd, dnr Kst 2009/354. Upphandlingen har genomförts enligt reglerna om förenklat förfarande i 15 kap. LOU. Kommunen har i tilldelningsbeslut den 22 januari 2010 meddelat att ett annat anbud har antagits än anbudet från sökanden Bemannia AB (Bemannia).

YRKANDEN M.M.

Bemannia har ansökt om överprövning enligt LOU och yrkar, i första hand, att förvaltningsrätten ska förordna att kommunens upphandling ska göras om, i andra hand, att upphandlingen ska rättas på så sätt att det vid utvärderingen av anbuden inte ska tas hänsyn till andra kriterier än vad som framkommit i förfrågningsunderlaget.

Kommunen har betsritt bifall till ansökan.

Förvaltningsrätten har den 1 februari 2010 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

UTVECKLING AV TALAN

Bemannia har utvecklat grunderna för sin talan genom att anföra i huvudsak följande. Av tilldelningsbeslutet framgår att kommunen har funnit att Adecco har erbjudit det mest fördelaktiga anbudet i upphandlingen. Detta trots att Bemannia har erbjudit ett anbud som var mycket mer konkurrenskraftigt sett till pris och efterfrågad kvalitet. Upphandlingen var uppdelad i fyra rekryteringskategorier: rekrytering av tjänstemän inom områdena bygg, miljö och fastighet; rekrytering av chefer/ledande befattningshavare inom områdena bygg, miljö och

fastighet; rekrytering av tjänstemän generell; rekrytering av chefer/ledande befattningshavare generell. Enligt kraven i upphandlingen skulle en eller flera leverantörer antas inom varje tjänstekategori beroende på antalet inkomna anbud. Bemannias anbud avsåg samtliga i förfrågningsunderlaget definierade rekryteringskategorier. Kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i gemenskapsrätten vid utvärderingen av anbuden genom att beakta andra kriterium än vad som framkommit i upphandlingen. Därmed har kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen och principen om transparens och därmed även mot gällande rätt i 1 kap. 9 § LOU. Som en följd av att kommunen har brutit i sina förpliktelser enligt gemenskapsrätten och LOU har bolaget lidit eller riskerar i vart fall att lida skada genom att inte tilldelas kontrakt i upphandlingen. Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 beträffande förfrågningsunderlagets utformning uttalat att om det inte kan utläsas av förfrågningsunderlaget vad den upphandlande enheten kommer att tillmäta betydelse vid anbudsutvärderingen så har de gemenskapsrättsliga principerna inte iakttagits. I målet Lianakis har EU-domstolen vidare framhållit att det följer av principen om likabehandling av ekonomiska aktörer och skyldigheten att möjliggöra insyn att potentiella anbudsgivare, när de utformar sina anbud, ska underrättas om samtliga uppgifter som den upphandlande myndigheten kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och om deras vikt i förhållande till varandra. Det är således, enligt EU-domstolens praxis, inte möjligt för den upphandlande myndigheten att först i ett senare skede fastställa viktningskoefficienter och underkriterier med avseende på de kriterier för tilldelning som omnämns i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling. Av Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 4552-07 framgår vidare att ett vagt formulerat förfrågningsunderlag, som innebär att anbudsgivarna inte kan avge anbud med tillräcklig insikt om hur utvärderingen kommer att ske, utgör en sådan överträdelse av principen om transparens som medför att upphandlingen måste göras om. Kammarrätten

i Göteborg har även i mål nr 1729-08 funnit att ett förfrågningsunderlag som lämnar stort utrymme för godtycklighet, och därmed en bedömning som inte grundar sig på objektiva fastställda kriterier utan innehåller ett stort mått av subjektivitet och i princip fri prövningsrätt för den upphandlande myndigheten, strider mot principen om transparens på ett sådant sätt att upphandlingen måste göras om. Kammarrätten i Göteborg har vidare i mål nr 3331-08 fastslagit att om man inte av förfrågningsunderlaget kan bilda sig en uppfattning om på vilka grunder poängsättningen av ett visst kriterium ska ske så utgör detta en sådan överträdelse av principen om transparens att upphandlingen måste göras om. Av aktuellt förfrågningsunderlag framgår att utvärderingen kommer att göras utifrån pris och kvalitet. Kriterierna är viktade på så sätt att pris viktas till 35 procent och kvalitet till sammanlagt 65 procent. Kvalitetsviktningen är uppdelad på tre kvalitetskriterier. De tre delarna bedöms per varje underrubrik och rangordnas i en poängskala, 1–5. Summan för varje delområde divideras med antal underrubriker. Poängen motsvarar en bedömning av hur anbudets innehåll överensstämmer med ställda krav i förfrågningsunderlaget där 5 motsvarar en överensstämmelse i mycket hög grad och 1 motsvarar att det som efterfrågas i högsta grad saknas. Poängvikten för delarna viktas därefter med följande vikt i procent: kompetens och erfarenhet 25 procent (utbildning, kulturkompetens, kompetensutveckling), arbetsprocess och metod 25 procent (flöden, search), effektivitet 15 procent (samarbete, tillgänglighet). Det framgår inte i förfrågningsunderlaget vad kommunen avser med de olika begreppen, dvs. vad som krävs för att erhålla en viss poäng. Det framgår inte heller vad skillnaden mellan till exempel poängsättningen 3, 4 och 5 är. Det är, utifrån dessa uppgifter i förfrågningsunderlaget, omöjligt för en anbudsgivare att på förhand bilda sig en uppfattning om på vilka grunder poängsättningen av kvalitet mellan 0 och 5 kommer att ske. Förfrågningsunderlagets otydliga formulering har inneburit att anbudsgivare inte på förhand har kunnat bedöma vad kommunen tillmäter

betydelse vid anbudsutvärderingen. Utvärderingskriterierna har inte varit utformade på ett klart och tydligt sätt som möjliggjort att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kunnat tolka kriterierna på samma sätt. Den av kommunen begärda beskrivningen av leverantörens process från avrop till uppföljning är både vag och generell och kan därför knappast tillämpas objektivt och enhetligt på samtliga anbudsgivare då utvärderingskriterierna i frågan inte är tillräckligt tydliga och begripliga. Kriterierna i förfrågningsunderlaget ger stort utrymme för godtycklighet och subjektivitet vid bedömningen av inkomna anbud och strider därmed mot kravet på transparens och likabehandling. I förfrågningsunderlaget 3.1.2 "uppdragets innehåll" framgår uppdragets omfattning och tillfälle har getts för varje leverantör att beskriva använd process. I punkt 1 i samma rubrik anges att kravet som utvärderas är "Genomföra behovsanalys och upprätta kravspecifikation i samarbete med personal i kommunen". Någon vägledning i hur kravet ska poängsättas framgår inte i förfrågningsunderlaget och kommunen har vid poängsättningen haft fritt utrymme att subjektivt bedöma alla inkomna anbud. Av bolagets anbud framgår tydligt och klart att företaget uppfyller kravet i genomförande av behovsanalys och upprättande av kravspecifikation i samarbete med personal varför bolaget ska erhålla maximal poäng enligt kraven i förfrågningsunderlaget. I förfrågningsunderlaget 3.1.2 punkterna 2, 3, 4 och 5 upprepas samma felsteg. Kommunen har endast låtit leverantörerna beskriva en process utan att för den delen beskriva vad som kommer att tillmätas betydelse för utvärderingen. Bolaget har i samtliga fall uppfyllt alla krav som tillmätts betydelse men ändå erhållit en poäng på 1 respektive 2 enligt underlaget. Likaså har bolaget fått låga poäng på Effektivitet trots att bolaget har uppfyllt efterfrågad kvalitet i förfrågningsunderlaget. De oklara utvärderingskriterierna är ägnade att gynna en specifik leverantör framför andra. En annan synvinkel på den subjektiva bedömningen är att vissa leverantörer har fått olika poäng för sin process vid utvärderingen inom de

olika delområdena. Detta trots att kraven i förfrågningsunderlaget för processbeskrivningen inte gör skillnad på om rekryteringen är för chefer, befattningshavare eller vanliga tjänstemän. Något fält för särskild redovisning av skillnader för de olika rekryteringsgrupperna finns inte. Inte heller uppställs krav på att utforma processen på ett annat sätt för de olika tjänstgrupperna. Frågan som ställs är vilket tillvägagångssätt kommunen har använt sig av för att komma fram till poängsättningen mellan de olika rekryteringsgrupperna trots att utvärderingen grundar sig på samma textredovisning i anbudet. Någon vägledning för denna utvärderingsmodell framkommer inte heller i förfrågningsunderlaget. När bolaget tog kontakt med kommunen framgick därefter att poängsättningen vid utvärderingen skett utifrån kravet på en FAIR-anpassad rekryteringsprocess. Av e-postkonversation mellan bolaget och kommunen framgår att tidigare okända omständigheter har legat till grund för kommunen utvärdering av bolagets anbud. Att i ett senare skede, och utan att det framgått av förfrågningsunderlaget, bedöma alla inkomna anbud utifrån kravet på en FAIR-anpassad rekryteringsmetod är att favorisera kommunens gamla leverantörer mot alla andra leverantörer. Detta utvärderingskriterium blev utslagsgivande för vilken leverantör som tilldelades avtal och utvärderingen strider därmed mot likabehandlingsprincipen. Något krav på att processen ska vara FAIR-anpassad framgår inte av förfrågningsunderlaget. Inte heller har kommunen uppställt ett bör-krav eller på annat sätt tydliggjort att utvärderingen av kvaliteten om 65 procent kommer att grundas på FAIR-anpassad metod. I ett förtydligande som kommunen skickat till bolaget efter tilldelningsbeslutet anger kommunen att det klart och tydligt framgår att bedömningen och poängsättningen av anbuden sker utifrån ställda krav på rekryteringstjänster som fungerar i FAIR-processen. Adecco, som tidigare varit insatt i kommunens Equalprojekt har dragit fördel av sina tidigare uppdrag hos kommunen. Enligt EU-praxis så ska tilldelningskriterierna vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller i meddelande om upphandling, på ett sådant

sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt, jämför C-19/00 Siac. Det har följaktligen varit en omöjlighet för leverantörer som inte varit insatta i kommunens projekt att lämna konkurrenskraftiga anbud sett till den utvärderade kvalitén. Kommunen har på så sätt favoriserat leverantörer och gjort sig skyldig till brott mot likabehandlingsprincipen.

Kommunen har utvecklat grunderna för sitt bestridande genom att anföra i huvudsak följande. Förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt formulerat för att inte kravet på transparens och likabehandling ska ha blivit åsidosatt i upphandlingen. Av Regeringsrättens avgörande i RÅ 2002 ref. 50 framgår att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade ska godkännas så länge som inte den upphandlande myndigheten agerar i strid med de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Det förfrågningsunderlag som nu är aktuellt är tillräckligt tydligt för att inte strida mot vare sig transparens- eller likabehandlingsprincipen. Inget av de krav eller formuleringar som har ställts upp i förfrågningsunderlaget är utformat för att gynna eller missgynna någon anbudslämnare. Kommunen har mycket tydligt angivit vilka kriterier som ska utvärderas och hur dessa kriterier ska betygsättas. Anledningen till att kommunen inte i detalj har styrt hur anbudsgivarna ska formulera sina anbudssvar var att kommunen önskade att varje anbudsgivare skulle få möjlighet att beskriva just sin process. Kommunen har sedan utvärderat varje anbud och jämfört svaren med de krav som ställts i förfrågningsunderlaget. Bolaget menar att de borde ha fått maximal poäng och det är bara att beklaga att kommunen och bolaget har olika uppfattning om hur bolagets anbud ska bedömas. Det är naturligtvis inte sant att utvärderingskriterierna har utformats för att gynna en specifik leverantör. För att poängsätta de fyra rekryteringskategorierna som upphandlingen innehåller så har kommunen i vissa fall satt olika poäng på anbud som omfattat både tjänstemanna- och chefsrekrytering beroende på

att ett specifikt anbud har bedömts vara bättre när det gäller en rekryteringskategori jämfört med en annan kategori. Detta kan inte ha kommit som en överraskning för bolaget. Utvärderingsmodellen är förutsägbar och samtliga anbudsgivare har bedömts lika.

Samtliga inkomna anbud har blivit bedömda utifrån de svar som anbudsgivaren har lämnat. Anbuderna har jämförts med kraven i förfrågningsunderlaget och därefter har kommunen poängsatt anbudssvaren. Det är således inte så att kommunen har utvärderat huruvida anbudsgivaren har en process som stämmer överens med FAIR-processen. Kommunen har inte utvärderat några andra krav än de som angivits i förfrågningsunderlaget. Det förtydligande som kommunen har skickat till bolaget efter tilldelningsbeslutet ska således inte tolkas som att ett krav på FAIR-process lagts till i upphandlingen. Samtliga anbud har blivit bedömda utifrån de svar som anbudsgivaren har lämnat. Anbuderna har jämförts med kraven i förfrågningsunderlaget och därefter har kommunen poängsatt anbudssvaren. Utvärderingen har därefter helt beklagligt nog återgivits felaktigt till bolaget. Det har förekommit tanklöshet i efterkommunikationen med bolaget. Anbudsgivaren har dock inte kunnat tilldelas annan poängställning utifrån de beskrivningar som framkommit i anbudets redogörelser. Anbudsgivaren riskerar därmed inte att lida skada och det finns därmed inte skäl att rätta eller göra om upphandlingen.

UTREDNINGEN

Av punkt 2.7 i förfrågningsunderlaget, benämnd anbudsprövning, framgår följande avseende utvärdering av anbud.

- - -

Anbuderna kommer i nästa steg värderas utifrån kriterierna pris och kvalitet. Kriterierna kommer att viktas: Pris 35 % och Kvalitet sammanlagt 65 %.

Inom kriteriet Pris, kommer anbudspriserna viktas samman på följande sätt. Hel rekryteringsprocess kommer värderas till 50 %, delarna 1,2,3 samt 5 till 5 % vardera och delen 4 till 10 %. De angivna timpriserna multipliceras med 50 och värderas till 15 %, gällande pris för huvudkonsulten, respektive 5 % för priset för administration. Den sammanlagda summan av prisuträkningen ovan, poängsätts där lägsta summa ges högsta poäng. Poängintervallet är 1–5. Därefter ges poäng motsvarande den procentuella differensen till lägsta summan i fallande skala.

Nedanstående kvalitetskriterier är en uppdelning av den sammanlagda kvalitetsviktningen 65 %. Delarna kommer att bedömas var för sig och rangordnas i en poängskala, 1–5. Poängen motsvarar följande bedömning av hur väl anbudets innehåll överensstämmer med förfrågningsunderlagets krav och beskrivna förutsättningar: 5 = överensstämmer i mycket hög grad. 4 = överensstämmer i hög grad. 3 = överensstämmer. 2 = överensstämmer inte. 1 = saknar i högsta grad det som efterfrågas. Poängsumman för delarna viktas därefter med nedanstående vikt %.

Kompetens och erfarenhet 25 vikt %

*Utbildning, Kulturkompetens,
Kompetensutveckling, Erfarenhet*

Arbetsprocess och metod 25 vikt %

Flöden, Search

Effektivitet 15 vikt %

Samarbete, Tillgänglighet

- - -

I e-postmeddelande den 25 januari 2010 från kommunen till Bemannia framgår bl.a. följande:

... I förfrågningsunderlaget säger vi (kommunen) att utifrån ställda krav och beskrivna förutsättningar poängsätts anbudets bedömda förutsättningar att

leverera en tjänst som fungerar i FAIR-processen. Poängbedömningen baseras dels på den information vi givit om hur vi arbetar (FAIR) ...

DOMSKÄL

Frågan om vilka krav som kan ställas på ett förfrågningsunderlag har varit föremål för Regeringsrättens prövning i RÅ 2002 ref. 50. Regeringsrätten har därvid uttalat bl.a. följande. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. – De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Som antecknats ovan har i förfrågningsunderlaget angetts att kriteriet ”kvalitet” kommer att poängsättas utifrån hur väl anbudets innehåll överensstämmer med ”förfrågningsunderlagets krav och beskrivna förutsättningar”. Enligt förvaltningsrättens mening ger en sådan lokution en mycket vid beskrivning av vad som kan tillmätas betydelse när anbuderna utvärderas. Följaktligen blir det svårt för anbudsgivare att förutse hur anbuderna kommer att poängsättas. Viss ledning kan dock hämtas utifrån de delkriterier med tillhörande underrubriker som finns avseende utvärderingskriteriet ”kvalitet”. Dessa är emellertid inte tillräckligt preciserade för att det ska anses vara förutsebart hur potentiella anbudsgivares anbud kommer att bedömas. Enligt förvaltningsrättens mening har förfrågningsunderlaget lämnat ett allt för stort utrymme för

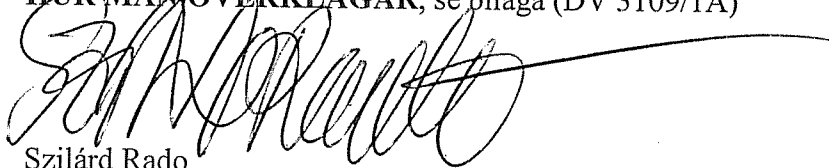
subjektivitet och godtycklighet – vilket fått till följd att kommunen i princip haft fri prövningsrätt. Att den s.k. FAIR-processen skulle tillmätas direkt betydelse vid anbudsutvärderingen kan enligt förvaltningsrättens mening överhuvudtaget inte utläsas av förfrågningsunderlagets utvärderingsmodell. Omständigheten att kommunen i efterhand här i domstolen har uppgett att utvärderingen ”helt beklagligt nog återgivits felaktigt till bolaget” föranleder ingen annan bedömning då det av e-postmeddelande från kommunen till Bemannia tydligt har angivits att FAIR-processen beaktats vid utvärderingen.

Förvaltningsrätten finner sammantaget att de brister som framkommit vad avser utformningen av förfrågningsunderlagets utvärderingsmodell medför att denna inte är förenlig med transparensprincipen och likabehandlingsprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU. En förutsättning för ingripande enligt LOU är att leverantören lidit eller kan komma att lida skada. Av förarbetena till LOU framgår att syftet med bestämmelsen är att en felaktig tillämpning av upphandlingsreglerna ska kunna angripas på ett så tidigt stadium att det blir möjligt för domstol att ingripa innan någon faktisk skada uppkommit (prop. 1992/93:88 s. 101). Detta innebär att den som ansöker om överprövning inte behöver visa att de faktiskt skulle ha vunnit upphandlingen för att domstol ska kunna pröva en upphandling. Det är således tillräckligt att i ansökan om överprövning visa att fel förekommit som kan ha påverkat utgången i upphandlingen. Här ska hänsyn också tas till potentiella anbudsgivare som kan ha avstått från att lämna anbud på grund av brister i utformningen av förfrågningsunderlaget.

Vid ovan angivna förhållanden och då allvarliga brister i utformningen av förfrågningsunderlagets utvärderingsmodell har konstaterats, som är att hänföra till upphandlingens konkurrensuppsökande skede, föreligger inte förutsättningar att förordna om rättelse. Förvaltningsrätten konstaterar följaktligen att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 1 februari 2010 upphör att gälla i och med denna dom.

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Szilárd Rado', with a long horizontal flourish extending to the right.

Szilárd Rado
fiskal

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Johan Rick.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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

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

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

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

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