



KLAGANDE

Bjerkne & Co AB, 556778-1025

Ombud: Advokat Jesper Sundström
Wistrand Advokatbyrå
Box 11920
404 39 Göteborg

KONKURRENSVERKET	
2013 -11- 2 1	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

Västsvenska Turistrådet AB, 556459-4538

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 3 maj 2013 i mål nr 1137-13,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens beslut den 13 maj 2013 upphör härmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Bjerkne & Co AB (Bjerkne) yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att Bjerkne tilldelas fyra poäng i kriteriet kompetens. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Alternativt yrkas att kammarrätten undanröjer förvaltningsrättens dom och visar målet åter till förvaltningsrätten för ny prövning. Bjerkne vidhåller de grunder och omständigheter som framförts i förvaltningsrätten med följande tillägg och förtydliganden. Bjerkne uppfyller objektivt sett kravet på kompetens i väl så hög grad som Svensk Destinationsutveckling AB (Svedest). Det framgår inte på vilka grunder anbudet från Svedest getts högre poäng än anbudet från Bjerkne. Svedest har tilldelats högsta poäng i kategorin kompetens trots att anbudet saknar efterfrågad kompetens inom ett flertal områden.

Det går inte att utläsa ur förfrågningsunderlaget hur poängen kommer att fördelas eller vad som krävs för att ett anbud ska tilldelas högsta poäng vid utvärdering. Förfrågningsunderlaget har därmed så stora brister att principerna om transparens och likabehandling är åsidosatta. Turistrådet har i utvärderingen inte följt de uppställda utvärderingskriterierna. Det kan inte uteslutas att Bjerkne lagt upp sitt anbud annorlunda om bolaget i förfrågningsunderlaget fått klar och tydlig information om att anbuden skulle utvärderas på det sätt som skett. Vid en korrekt genomförd utvärdering skulle Bjerknes anbud rangordnats som vinnande anbud. Bjerkne har därmed lidit skada till följd av den felaktiga utvärderingen.

Det framgår inte i förvaltningsrättens dom att förvaltningsrätten prövat Bjerknes invändningar mot utvärderingsmodellen eller utvärderingen av Bjerknes anbud. Vidare har förvaltningsrätten inte prövat vad Bjerkne har påstått om att utvärderingsmodellen har åsidosatts och Bjerknes anbud felaktigt har tilldelats en lägre poäng. Eftersom förvaltningsrättens domskäl är så knapphändiga ska målet återförvisas till förvaltningsrätten för

prövning av om utvärderingen av anbuden har skett i enlighet med den uppställda utvärderingsmodellen samt om denna har varit förenlig med lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU.

Västsvenska Turistrådet AB (Turistrådet) anser att kammarrätten ska avslå överklagandet. Turistrådet hänvisar till vad som tidigare har anförts och framhåller följande. Den vägledning som finns avseende utvärdering av kompetens har varit fullt tillräcklig för att normalt omsorgsfulla och informerade anbudsgivare ska kunna förutse vad som tillmäts betydelse vid poängsättningen. Utvärderingsmodellen är utformad så att alla anbudsgivare förstår kriteriet på samma sätt. Turistrådet utgår också från att anbudsgivarna lämnar sina bästa anbud och något utrymme för godtycke från Turistrådet finns inte. De utvärderingskriterier och den utvärderingsmodell som använts av Turistrådet är förenlig med principen om transparens och även i övrigt med 1 kap. 9 § LOU. Bjerkne har inte heller visat på vilket sätt bolaget lidit eller riskerat att lida skada av de påstådda bristerna i upphandlingen.

Som framgår av förvaltningsrättens domskäl har förvaltningsrätten tagit ställning till de yrkanden och omständigheter som Bjerkne har anført. Det faktum att förvaltningsrättens dom är kortfattad är inte detsamma som att en fullständig bedömning inte skulle ha gjorts.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Förfrågningsunderlag och poängsättning

Upphandlingen gäller konsulttjänster för strategisk destinationsutveckling av turism och omfattar företagsrådgivning och hållbar samt kvalitetsinriktad strategisk destinationsutveckling samt därtill hörande projektarbete av turismen inom Västra Götaland. Av förfrågningsunderlaget framgår att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas. Den anbudsgivare som har

det lägsta priset tilldelas 4 poäng för kriteriet pris medan övriga anbudsgivare tilldelas poäng utifrån hur priset i deras anbud förhåller sig till det lägsta priset. Bjerkne har angett timpriset 1 000 kr medan Svedest har angett 1 425 kr. Den poäng priset resulterar i utgör 35 procent av den samlade anbudspoängen. Kriteriet kompetens utvärderas mot bakgrund av hur väl anbudsgivaren uppfyller den konsultprofil som efterfrågas i förfrågningsunderlaget. Anbudsgivarens beskrivning utmynnar i en sammanlagd poäng från 0 till 4 enligt följande: 0 = mycket dåligt, 1 = dåligt, 2 = godkänt, 3 = bra, 4 = mycket bra. Poängen för kompetens utgör 65 procent av den samlade anbudspoängen. Bjerkne har tilldelats 3 poäng för kriteriet kompetens medan Svedest har fått 4 poäng och vunnit upphandlingen.

För poäng i kriteriet kompetens ska anbudsgivarna beskriva hur de uppfyller elva "krav som skapar mervärde" som finns angivna under punkt 3.3.2 i förfrågningsunderlaget (se s. 4-5 i förvaltningsrättens dom). I utvärderingsprotokollet har angetts vilken poäng respektive bolag erhållit för kriteriet kompetens. Bjerkne har invänt att det inte går att utläsa ur förfrågningsunderlaget hur poängen ska fördelas eller vad som krävs för att få högsta poäng vid utvärderingen. I detta mål är det fråga om en upphandling av en typ av tjänster där det kan vara svårt för den upphandlande myndigheten att i förfrågningsunderlaget precisera den efterfrågade kompetensen. De kriterier som uppställts får anses på ett tillräckligt tydligt sätt ge anbudsgivaren ledning om vad Turistrådet avser att lägga vikt vid i utvärderingen. Det som Bjerkne anfört om att bolagets anbud kunde ha lagts upp annorlunda föranleder ingen annan bedömning. Det måste också förutsättas att en anbudsgivare i förevarande typ av upphandling ger sitt bästa anbud med utgångspunkt i de krav som angetts i förfrågningsunderlaget.

Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling inte träds för när (RÅ 2002 ref.

50). Vidare har Högsta förvaltningsdomstolen uttalat att överprövningen inte tar sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU (HFD 2013 ref. 5) Det framgår inte av utvärderingsprotokollet hur Turistrådet kommit fram till respektive bolags poäng för kriteriet kompetens. Frågan är om det kan krävas att Turistrådet skulle ha dokumenterat hur poängsättningen skett. Kammarrätten anser att krav av denna art svårligen låter sig poängsättas och att ett visst mått av subjektiv bedömning är ofrånkomlig. Turistrådet har i förfrågningsunderlaget enligt ovan angett vilka krav som skapar mervärde. I förvaltningsrätten har Turistrådet ingående redogjort för poängsättningen. Det har inte framkommit annat än att Turistrådet har följt den utvärderingsmodell som formulerats. Avsaknaden av redogörelse för hur poängsättningen skett är visserligen en brist i utvärderingsprotokollet men den får i sammanhanget godtas eftersom den inte visats vara av sådan art eller omfattning att principerna om likabehandling och öppenhet har överträtts.

Ifrågasatt likabehandling

Bjerkne har i förvaltningsrätten anfört att Gunilla Mitchell varit VD för Turistrådet samtidigt som hon har suttit i styrelser för de två bolag som är huvudsakliga ägare av Svedest, att ett av dessa bolag har åberopats som referens för bolaget samt att Gunilla Mitchell angivits som kontaktperson när Turistrådet har åberopats som referens. Vidare att hon har undertecknat tilldelningsbesked och utvärderingsprotokoll i upphandlingen. Mot denna bakgrund anser Bjerkne att det finns en stark presumtion för att Gunilla Mitchells dubbla funktioner kan ha inneburit en sådan snedvridning av konkurrensen att det inte kan uteslutas att hon i sin dubbla roll kan ha förmedlat information till Svedest som inte andra anbudsgivare fått del av, eller att utvärderingen av Svedests anbud baseras på annan information än vad som framgår av anbudet. Bjerkne anför vidare att Turistrådet inte har vidtagit några åtgärder för att säkerställa att Svedest inte har givits några konkur-

rensfördelar med anledning av Gunilla Mitchells medverkan i utformningen av upphandlingen och arbetet med tilldelningsbeslutet. Det hade enkelt kunnat göras genom att hon avstått från att delta i arbetet.

Turistrådet har anfört att det stämmer att Gunilla Mitchell har deltagit i upphandlingen men att det inte finns affärsmässiga kopplingar mellan Gunilla Mitchell och Svedest som skulle kunna ha inneburit ett otillbörligt gynnande, eller att Svedest har givits konkurrensfördelar i upphandlingen.

Gunilla Mitchells medverkan i utvärderingen samtidigt som hon varit styrelseledamot i Svedests ägarbolag kan visserligen vara ägnad att rubba förtroendet till hennes opartiskhet. Enbart det förhållandet att Gunilla Mitchell suttit i styrelsen för de två bolag som är huvudsakliga ägare till Svedest kan dock inte anses innebära en presumtion för att det föreligger en konkurrensfördel för Svedest, som medfört en snedvridning av konkurrensen. Det ankommer då på den som har ansökt om åtgärd enligt 16 kap. 4 § LOU att visa att sådana förhållanden föreligger, i detta fall brott mot likabehandlingsprincipen, att ingripande enligt LOU krävs. Kammarrätten finner det inte visat att, och än mindre hur, Gunilla Mitchells medverkan i utvärderingen skulle ha påverkat upphandlingens resultat på ett otillbörligt sätt, eller att Svedest har givits konkurrensfördelar gentemot andra anbudsgivare.

Sammanfattningsvis finner kammarrätten inte erforderligt stöd för att de upphandlingsrättsliga principerna har trätts för när i denna upphandling. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Möjligheten till domstolsprövning kan påverkas av händelser som inträffar inom den i bilagan angivna överklagandetiden tre veckor, se 16 kap LOU.




Mikael Ocklind



Maria Fröberg



Berit Nilsson
referent



Emelie Herou
Emelie Herou

Bilaga A

Abal

Sida 1 (5)



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2013-05-03
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
1137-13 E
Enhet 1:2

SÖKANDE

Bjerkne & Co AB, 556778-1025

Ombud: Advokat Jesper Sundström
Wistrand Advokatbyrå, Göteborg
Box 11920
404 39 Göteborg

MOTPART

Västsvenska Turistrådet AB, 556459-4538

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Västsvenska Turistrådet AB (Turistrådet) genomför en upphandling av konsulttjänster för strategisk destinationsutveckling av turism. Upphandlingsformen är ett öppet förfarande enligt LOU. I tilldelningsbeslut den 16 januari 2013 meddelade Turistrådet att kontraktet tilldelats Svensk Destinationsutveckling AB.

YRKANDE M.M.

Bjerkne & Co AB (Bjerkne) yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att Bjerkne ska tilldelas fyra poäng i kriteriet kompetens, varvid Bjerkne ska antas som vinnande anbud. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Bjerkne anför bl.a. följande. Samtliga kriterier i konsultprofilen som ska utvärderas och poängsättas är generella och öppnar för en skönsmässig bedömning. Det saknas vägledning i beskrivningen av poängsättningen av bedömningskriteriet kompetens vad som krävs för att uppnå de olika poängstegen. Turistrådet förbehåller sig därmed i princip fri prövningsrätt vilket strider mot principen om transparens. Turistrådets verkställande direktör Gunilla Mitchell har deltagit i upphandlingen och undertecknat tilldelningsbesked och utvärderingsprotokoll. Vinnande anbudsgivare har uppgett Turistrådet som en av sina referenser med Gunilla Mitchell som kontaktperson. Hon borde därför avstått från att medverka i upphandlingen. Nämda anbudsgivare ägs huvudsakligen av två bolag i vilka Gunilla Mitchell sitter i styrelsen. Anbudsgivaren har också uppgett ett av dessa bolag som första referens. Det finns en stark presumtion för att Gunilla Mitchells dubbla funktioner kan ha inneburit en snedvridning av konkurrensen. Det kan inte uteslutas att hon vid utvärdering av anbuden använt sig av den kunskap om vinnande anbudsgivare som hon förvärvat genom sina styrelseuppdrag och att utvärderingen av detta anbud baserats på annan information än vad som framgår av anbudet. Beslutet att tilldela

Svensk Destinationsutveckling AB högre poäng för kriteriet kompetens än anbudet från Bjerkne tyder på att så är fallet. Bjerkne har lidit skada till följd av den felaktiga utvärderingen.

Turistrådet motsätter sig Bjerknes yrkanden och anför bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget har angetts att anbuderna kommer att utvärderas mot bakgrund av kriterierna pris och kompetens med viktning 35 resp. 65 procent. Det anbud som erhåller högst viktad poäng sammantaget kommer att anses vara det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. När det gäller att bedöma en persons kompetens och lämplighet för uppdraget går det aldrig att komma ifrån en viss mån av subjektivitet i bedömningen vilket också har accepterats i rättspraxis. Genom att ställa upp ett antal krav vilka skapar mervärde har Turistrådet gjort vad som krävts i syfte att göra förfrågningsunderlaget så transparent som möjligt. Åberopade styrelseuppdrag för Gunilla Mitchell medför inte någon som helst möjlighet för henne att påverka Svensk Destinationsutveckling AB:s anbudslämnande och hon har inte heller varit inblandad i detta. Med hänsyn till att Bjerkne erhållit lägre poäng avseende kriteriet kompetens jämfört med vinnande anbud förefaller det osannolikt att poängsättnings utformning påverkat Bjerknes anbud i tillräcklig utsträckning. Bjerknes ansökan ska därför under alla omständigheter avslås.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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 (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Utredning

Av anbudsförfrågan 3.3.2 framgår följande. **Krav vilka skapar mervärde för Turistrådet vid utförandet av den nu aktuella tjänsten och som är föremål för utvärdering enligt punkten 4.2 nedan.**

- Förmåga och praktisk erfarenhet av att operativt och strategiskt kunna arbeta efter de riktlinjer som utvecklats i den nationella strategin.
- Tidigare erfarenhet av att i verksamheter utveckla och tillämpa metoder, processer och verktyg som successivt anpassats för användning i besöksnäringen.
- Mångårig erfarenhet av managementkonsulting på såväl ledningsnivå som operativ nivå i svenska och internationellt verksamma företag och organisationer.
- Lång erfarenhet av att arbeta med tillväxtstrategier och förändringsprocesser.
- Aktuell strategisk kunskap om turismen och dess företrädare i Sverige med fördjupad kunskap avseende Västra Götalands län.
- En internationell utblick avseende rese mönster och turismutveckling med fokus på kvalitets- och hållbarhetssäkring.
- Ett brett nätverk, både nationellt och regionalt i Västra Götalands län, kopplat till turismens intressenter såsom politiker, tjänstemän, intresseorganisationer, näringsliv med flera.
- Erfarenhet av nätverksbygge samt förståelse för processer och beslut i både näringsliv och politik.

- Relevant företagsekonomisk kunskap och erfarenhet avseende villkor för turismindustrins näringsidkare.
- Erfarenhet av att driva företag.
- Dokumenterat god analysförmåga.

Av anbudsförfrågan 4.2.2 framgår bl.a. följande under rubriken **Kompetens**. Kriteriet kommer att utvärderas mot bakgrund av beskrivningen av uppfyllandet av konsultprofilen i punkten 3.3.2 ovan. Beskrivningen kommer att utmynna i en sammanlagd poäng från 0 till 4 enligt följande. 0= mycket dåligt, 1= dåligt, 2= godkänt, 3= bra, 4= mycket bra.

Förvaltningsrättens bedömning

Såsom framgår av förfrågningsunderlaget har Turistrådet angett ett flertal faktorer som legat till grund för bedömningen och poängsättningen av kriteriet kompetens. Det torde vara svårt att i detalj på förhand ange exakt hur man ska värdera olika typer av erfarenheter och kunskaper. De faktorer som angetts måste dock anses kunna ge anbudsgivare en god vägledning vad som värdesätts av Turistrådet. Utvärderingsmodellen kan därmed inte anses ha sådana brister att den strider mot bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU. Utvärderingen av Bjerknes anbud synes ha skett i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Det som anförts om Gunilla Mitchells medverkan i upphandlingen kan visserligen inge vissa betänkligheter. Det har dock inte visats att hon varit inblandad i vinnande anbudsgivares anbud på sådant sätt att hon blivit jävig. Bjerknes ansökan om överprövning av upphandlingen ska därför avslås.

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


Peter Kockum

Rådman

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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. 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 krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. 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 för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.