



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Föredraganden
 Lina Levin

DOM
 2012-12-05
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 3802-12
 Enhet 2

SÖKANDE

Consensus Utbildning AB, 556629-9284
 Aspholmsvägen 9
 702 27 Örebro

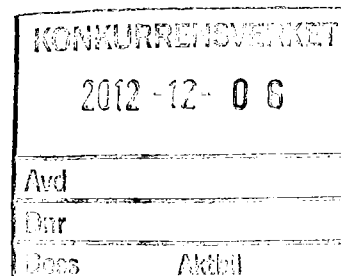
Ombud: Advokat Johanna Näslund
 Advokatfirman Lindahl KB
 Box 143
 701 42 Örebro

MOTPART

Borlänge kommun
 781 81 Borlänge

SAKEN

Ansökan om överprövning



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bestämmer att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Borlänge kommun (i det följande Kommunen) genomför en upphandling av ledarskapsutbildning till Borlänge kommunkoncern (Anbud 2012/20). Tilldelningsbeslut meddelades den 22 augusti 2012, varvid Högskolan Dalarna tilldelades kontraktet.

Consensus Utbildning AB (i det följande Bolaget) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas med hänvisning till att Kommunen vid utvärderingssammanställningen har frångått den poängsättning som gjordes vid utvärderingen. I andra hand yrkar Bolaget att upphandlingen ska rättas med hänvisning till att Kommunen felaktigt har tilldelat Bolagets anbud en för låg poäng avseende kvalitetskriteriet "Kursplan/pedagogiskt upplägg". I tredje hand yrkar Bolaget att upphandlingen ska göras om eftersom Kommunen har underlåtit att ange klara och tydliga kriterier och specifikationer för utvärderingen av kvalitetskriteriet "Kursplan/pedagogiskt upplägg". Av förfrågningsunderlaget punkt 6.2 framgår dessutom att Kommunen har missuppfattat den tvådelade anbudsprövningen, eftersom de anser sig kunna förkasta anbud efter att kvalificeringsfasen genomförts. Genom bristerna i upphandlingsförfarandet har Kommunen brutit mot principerna om likabehandling och transparens och Bolaget har till följd härav lidit skada genom att inte ha tilldelats kontrakt.

Kommunen bestrider bifall och anför i huvudsak följande. Bolagets anbud har rätteligen tilldelats tre poäng avseende kvalitetskriteriet "Kursplan/pedagogiskt upplägg", eftersom anbudet saknar beskrivning av hur en eventuell examination skulle kunna genomföras och med vem Bolaget samarbetade. Bolaget har inte erhållit fyra poäng vid utvärderingen av det aktuella kriteriet, utan det rör sig om en felskrivning i sammanställningen som rättades till omedelbart så snart det uppmärksammats. Upphandlingen har skett i enlighet med de gemenskapsrättsliga principerna, samtliga presumtiva anbudsgivare har getts samma förutsättningar och förfrågningsunderlaget har speglat vad beställaren lägger vikt vid ifråga om kvalitet.

FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGET

Av avsnitt 6 "Prövning av anbud" i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

6.1.1 Förmåga att genomföra uppdraget

Med utgångspunkt från anbudsgivarens beskrivning enligt Kravspecifikationen 4.2 görs en bedömning av anbudsgivarens förmåga att genomföra uppdraget på ett professionellt och ändamålsenligt sätt som motsvarar beställarens behov.

Med utgångspunkt från anbudsgivarens beskrivning av kompetens och erfarenhet görs en bedömning av anbudsgivarens förmåga att genomföra uppdraget med beställarens efterfrågade kvalitet.

Beställaren förbehåller sig rätten att avgöra om ställda krav och anbudsgivarens förmåga att genomföra uppdraget motsvarar det som beställaren frågar efter.

6.2 Utvärdering

Beställaren kommer att välja det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till pris (50 %) och kvalitet (50 %)

6.2.2 Kvalité 50 %

		Viktning	Poäng-
Kompetensprofil föreläsare/lärare	25%	1-5 poäng	
Kursplan/pedagogiskt upplägg	25%	1-5 poäng	

Kursplan/pedagogiskt upplägg

Kursplan/pedagogiskt upplägg poängsätts med 1-5 poäng där 5 poäng är högsta poäng som kan uppnås.

Därefter följer poäng i fallande skala beroende av hur beställaren bedömer att kursplanen och det pedagogiska upplägget stämmer överens med vad beställaren frågar efter i detta underlag.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Bolaget anfört är visat att Kommunen har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att det medfört att Bolaget lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 9 § LOU).

Av praxis framgår att domstolen inte är bunden av parternas yrkanden vid val av åtgärd, utan det står domstolen fritt att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas (se RÅ 2005 ref 47). Då Bolaget i förevarande fall har åberopat flera skäl för ingripande enligt LOU prövar förvaltningsrätten i första hand de grunder som hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

Bolaget har i denna del bl.a. gjort gällande att upphandlingen strider mot principerna om likabehandling och transparens eftersom det i förfrågningsunderlaget saknas kriterier som anger hur poängsättningen 1-5 ska ske av kvalitetskriteriet "Kursplan/pedagogiskt upplägg". På fråga från Bolaget har Kommunen i efterhand angett hur kriteriet poängsatts. Kommunen har härvid sagt att mervärde är skillnaden mellan en trea och en fyra. Mervärdet nämns inte i förfrågningsunderlaget. De bedömningar som gjorts i utvärderingen i denna del har således inte något stöd i förfrågningsunderlaget. Poängsättningen blir helt godtycklig och kommunen har genom utformningen av förfrågningsunderlaget förbehållit sig fri prövningsrätt.

Högsta förvaltningsdomstolen har 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. Detta följer också av unionsrättens 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 unionsrätten inte träds för när (RÅ 2002 ref. 50).

Ett förfrågningsunderlag får inte vara utformat så att det ger den upphandlande myndigheten en i princip fri prövningsrätt. I praxis har en sådan ansatts föreligga när förfrågningsunderlaget inte gav någon ledning för vilka omständigheter som skulle komma att vägas in i bedömningen av om ett

svar skulle framstå som ”bäst”, ”näst bäst” osv. eller ”väl godkänd”, ”godkänd” osv. Den poängsättning som gjordes av utvärderingskriterierna ansågs ha lämnat stort utrymme för godtycklighet och leverantörerna saknade möjlighet att förutse vad som skulle komma att beaktas vid prövningen av anbud (jfr Kammarrätten i Göteborg i mål nr 6996-08).

I det nu aktuella förfrågningsunderlaget har Kommunen visserligen angett vilka utvärderingskriterier som ska användas och viktat dessa samt angett vilka underkriterier som har betydelse vid utvärderingen av kriteriet ”Kvalitet”. Kommunen har också angett att underkriterierna kommer att åsättas betyget 1-5. Såvitt avser kvalitetskriteriet ”Kursplan/pedagogiskt upplägg” har kommunen angett att poäng kommer att erhållas ”i fallande skala beroende på hur beställaren bedömer att kursplanen och det pedagogiska upplägget stämmer överens med vad beställaren frågar efter i detta underlag”.

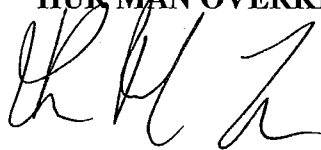
Kommunen har vidare under flera avsnitt i förfrågningsunderlaget förbehållit sig rätten att avgöra om kvaliteten på offererad utbildning motsvarar det som kommunen vill ha (se avsnitt 6 ”Prövning av anbud” under punkterna 6.1.1, 6.2.2

Förvaltningsrätten konstaterar sålunda att Kommunen angett ett omfattande utvärderingskriterium, men att den samtidigt förbehållit sig rätten att vid utvärderingen göra ett urval av kvaliteter som den anser ger mervärde. Även om det finns en koppling till avsnitt 4.2 i förfrågningsunderlaget som kan ge viss ledning för utvärderingen beskrivs inte närmare vad Kommunen värdesätter vid sin bedömning. Otydligheten framkommer inte minst genom det sätt på vilket kommunen motiverat skillnaden mellan betyget 3 och 4 för Bolaget. Förvaltningsrätten anser bristen på transparens i detta avseende har inneburit att Kommunen gett sig själv en i princip fri prövningsrätt såvitt avser utvärderingskriteriet ”Kursplan/pedagogiskt upplägg”. Denna slutsats vinner ytterligare stöd i det faktum att Kommunen, efter att tilldelningsbeslut meddelats, på fråga från Bolaget försökt preci-

sera vad som krävs för att ett anbud ska erhålla olika poäng men inte ens i detta svar närmare kunnat konkretisera vilka kvaliteter som bedöms medföra ett mervärde.

Vid en sammantagen bedömning anser förvaltningsrätten att det i målet aktuella förfarandet medför att leverantören saknar möjlighet att förutse vad som ska komma att tillmätas betydelse vid prövning av anbuden. Upphandlingsförfarandet brister därför i öppenhet och förutsebarhet. Bristerna får anses ha inneburit en risk för skada för Bolaget. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför. Eftersom de konstaterade bristerna får anses hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet är det inte möjligt att rätta upphandlingen. Upphandlingen ska därför göras om. Vid denna bedömning finner förvaltningsrätten att det saknas skäl att pröva övriga invändningar som Bolaget framställt i sin begäran om överprövning.

HUBMAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C LOU).



Karin Forslund Johansson
rådman