



SÖKANDE

Theeducation AB, 556569-7082
Box 5066
121 66 Johanneshov

Ombud: Advokat Johan Linder
Wistrand Advokatbyrå
Box 7543
103 93 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2014-03-25	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPARTER

1. Habo kommun
Box 212
566 24 Habo

2. Jönköpings kommun
Rådhuset
551 89 Jönköping

3. Mullsjö kommun
Järnvägsgatan 27-29
Box 800
565 18 Mullsjö

Ombud för 1–3: Stadsjurist Thomas Nordqvist och
biträdande jurist Cigdem Günes
Jönköpings kommun
Stadskontoret
551 89 Jönköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om i den del den avser högskoleförberedande program.

Dok.Id 124880

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:30-16:00

BAKGRUND

Jönköpings, Mullsjö och Habo kommuner (kommunerna) genomför en upphandling av gymnasial vuxenutbildning *Gymnasial vuxenutbildning 13/67*. Upphandlingen genomförs med ett förenklat förfarande enligt LOU. Theeducation AB (bolaget) begär överprövning av den del av upphandlingen som avser högskoleförberedande program. Förvaltningsrätten har i domar denna dag även behandlat begäran om överprövning av andra delar av upphandlingen, se mål nummer 5395-13 (Industri tekniska programmet), 5396-13 (Vård- och omsorgsprogrammet och Barn- och fritidsprogrammet) och 5420-13 (Vård- och omsorgsprogrammet, Barn- och fritidsprogrammet, Restaurang- och livsmedelsprogrammet samt Hotell- och turismprogrammet).

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om i den del den avser högskoleförberedande program.

Kommunerna motsätter sig bolagets yrkande.

Bolaget åberopar till stöd för sin talan förfrågningsunderlag, upphandlingsprotokoll, resultatrapport och e-brev från kommunerna.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Bolaget

Bolagets anbud

Grunderna för begäran om överprövning är följande: bolagets anbud har förkastats felaktigt, kommunerna har inte förklarat vad som ska tillmätas

betydelse vid utvärderingen av anbudet, upphandlingen strider därför mot de grundläggande bestämmelserna om likabehandling och transparens. Bolaget har lidit skada genom att ett annat anbud har antagits.

Bolagets anbud har inte blivit godkänt p.g.a. "missade obligatoriska krav". Det framgår av ett upphandlingsprotokoll som utfärdades samma dag som tilldelningsbeslutet den 11 november 2013. Kommunerna har utfärdat två resultatrapporter avseende utvärderingen av anbudet. I den första resultatrapporten utvärderades bolagets anbud och fick en totalpoäng om 81,4. När det gäller bedömningen av verksamhetsledarens kompetens och erfarenhet (punkt 4.3.3.) fick bolagets anbud maximal poäng dvs. 100. I den andra resultatrapporten utvärderades inte bolagets anbud. Kommunerna har inte förklarat hur det kan komma sig att anbudet kan bedömas få full poäng vid utvärdering av verksamhetsledaren samtidigt som anbudet inte anses uppfylla ett obligatoriskt krav.

De obligatoriska kraven på verksamhetsledaren, såsom dessa beskrevs i förfrågningsunderlaget, var att denne skulle ha "*pedagogisk utbildning och erfarenhet av att leda kommunal vuxenutbildning*". Den närmare innebörden av kraven på verksamhetsledaren berördes i upphandlingen då kommunerna besvarade en publik fråga enligt följande (publik fråga nr 11):

"Vi har medvetet inte angett någon inriktning eller omfattning för den pedagogiska utbildningen. Vi kräver inte någon viss nivå eller inriktning på den pedagogiska utbildningen. Kravet är att föreslagna verksamhetsledare har någon form av pedagogisk utbildning i kombination med erfarenhet av att leda kommunal vuxenutbildning".

Kommunerna har alltså inte krävt någon viss nivå eller inriktning på den pedagogiska utbildningen. Något krav på avslutad utbildning går inte att utläsa av förfrågningsunderlaget och ett sådant krav kan heller inte läggas till i efterhand. Endast mindre otydligheter i förfrågningsunderlag kan läkas genom förtydliganden i "frågor och svar".

Kommunerna har inte kunnat ange någon grund till varför bolagets anbud förkastades. Av bolagets anbud framgår att verksamhetsledaren sedan fem år arbetar som verksamhetsledare inom vuxenutbildningen i Jönköpings kommun. Det angavs dessutom att verksamhetsledaren skulle påbörja den sjätte och sista terminen av en rektorsutbildning och denne även har annan akademisk utbildning med fokus på gruppdynamik, beteendeförändring m.m. Det finns inget stöd i förfrågningsunderlaget för att fem terminers rektorsutbildning inte skulle kunna godtas. Det finns heller inget stöd för att annan akademisk/pedagogisk utbildning – oavsett inriktning, omfattning eller nivå – inte skulle kunna godtas som ”pedagogisk utbildning”. Vidare fanns inget krav på att uppgifterna skulle bekräftas genom särskilt CV eller på annat sätt. Kommunerna är självklart skyldiga att ta hänsyn till de uppgifter om verksamhetsledaren som lämnades i fritextfältet.

Kommunernas svar på publik fråga nr 13 att hänvisning som görs till en icke fullt genomförd utbildning kommer att bedömas som ett icke uppfyllt krav, innebär en otillåten väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. Dessutom strider svaret mot det svar som kommunerna gav på publik fråga nr 11. I vart fall har kommunerna saknat fog för att förkasta anbudet på grundval av svaret på fråga nr 13.

Bolagets anbud uppfyller de obligatoriska krav som gäller för verksamhetsledaren såsom dessa framgår av förfrågningsunderlaget med det förtydligande svar som lämnats av kommunerna på den publika frågan nr 11. Kommunerna har därför saknat fog för att förkasta anbudet.

Förfrågningsunderlaget

Det är inte möjligt för leverantörerna att på grundval av handlingarna i upphandlingen förutse hur anbuden kommer att bedömas i utvärderingen. Enligt förfrågningsunderlaget ska de olika utvärderingskriterierna bedömas enligt en femgradig skala. För att det ska vara möjligt att kontrollera att

likabehandlingsprincipen har iakttagits måste det då av förfrågningsunderlaget framgå hur den femgradiga skalan ska tillämpas. Detta framgår inte av förfrågningsunderlaget. De riktlinjer som angetts för hur utvärderingskriterierna ska bedömas är i realiteten så allmänt hållna att kommunerna helt efter eget skön kan bestämma vilken poäng som ska tilldelas. Utvärderingsmodellen ger därför utrymme för ett alltför stort inslag av godtycke för att grundläggande krav på transparens, förutsebarhet och likabehandling ska kunna säkerställas. Samtliga utvärderingskriterier är så otydligt utformade att det inte är möjligt att kontrollera att likabehandlingsprincipen har iakttagits.

Det kan också ifrågasättas om inte kommunerna på ett otillåtet sätt blandat samman kvalificering och anbudsprövning. Krav på leverantörerna, organisationsorienterade kriterier, tillhör typiskt sett kvalificeringsfasen. Av förfrågningsunderlaget framgår emellertid att dessa kriterier utgör både kvalificeringskriterier och utvärderingskriterier. Kraven på verksamhetsledaren har använts både som urvals- och som tilldelningskriterium. Det framgår av EU-domstolens praxis att de kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (tilldelningskriterierna) utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet (urvalskriterierna) inte kan utgöra tilldelningskriterier (se EU-domstolens dom i mål C-532/06, Lianakis, p. 30-31).

Eftersom felen avser förfrågningsunderlaget och därmed det konkurrensuppsökande skedet bör rätten besluta att upphandlingen ska göras om.

Kommunerna

Upphandlingen har hanterats i enlighet med bestämmelserna i LOU. Upphandlingen har gjorts genom ett förenklat förfarande och tilldelningsgrund

för kontraktet är ekonomiskt mest fördelaktigt anbud, det framgår av förfrågningsunderlaget punkt 3.3.

Bolagets anbud

Ett tilldelningsbesked skickades ut den 11 november 2013. Meddelandet innehöll ett tilldelningsbeslut där antagna leverantörer framgick samt ett upphandlingsprotokoll där det framgick att bolaget inte uppfyllde kravet för "godkänd verksamhetsledare". Vidare fanns det med en s.k. resultatrapport för att visa resultaten för utvärderingarna. På grund av ett misstag nämndes bolaget i resultatrapporten. När detta påtalades skickades ett meddelande ut tillsammans med en korrekt resultatrapport. Tilldelningsbeslutet påverkades inte av detta.

Bolagets anbud uppfyllde inte det obligatoriska kravet:

"Inom personalgruppen ska det finnas en verksamhetsledare med pedagogisk utbildning och erfarenhet av att leda kommunal vuxenutbildning".

I beskrivningen av bolagets verksamhetsledare angavs:

"Susanne kommer att vid avtalsstart gå in på den sjätte och sista terminen av sin rektorsutbildning vid Växjö universitet".

Någon annan hänvisning till pedagogisk utbildning har inte gjorts. I frågor och svar har kommunerna den 9 augusti publicerat följande inkomna fråga (publik fråga nr 13):

"Kommer Jönköpings kommun att godkänna verksamhetsledare som har lite drygt ett år kvar på sin rektorsutbildning?"

samt följande svar:

"Om anbudsgivare på frågan om pedagogisk utbildning hänvisar till en icke fullt genomförd utbildning, så kommer vi att bedöma detta som ett icke uppfyllt krav."

Bolagets anbud uppfyller inte de obligatoriska kraven. Om det skulle vara så att bolaget uppfattat kravet som otydligt har kommunerna genom frågor och svar gjort ett förtydligande gällande den nämnda rektorsutbildningen. Med begreppet pedagogisk utbildning avses att offererad verksamhetsledare har avslutat utbildningen i fråga och kan styrka detta genom examensbevis eller annat dokument. Antingen har man genomgått utbildningen eller så har man det inte. En delvis genomförd pedagogisk utbildning bedöms som att den offererade personen inte har någon pedagogisk utbildning alls. Kommunerna har genom upphandlingsverket *Tendsign* svarat på frågor från leverantörerna. Leverantörerna har fått tydliga svar, bl.a. om vad som menas med pedagogisk utbildning. Samtliga leverantörer har haft möjlighet att ta del av både frågor och svar.

Förfrågningsunderlaget har i det aktuella fallet utformats så att anbudsgivarna kan lämna svar direkt i formuläret och sedan styrka de givna svaren med intyg och annan dokumentation. Det kan inte förväntas att alla kvalifikationer och erfarenheter som framgår av en CV ska beaktas när anbudsgivaren har angett endast en erfarenhet, som inte uppfyller kravet om avslutad pedagogisk utbildning. I förfrågningsunderlaget står det tydligt vilka frågor som anbudsgivaren ska svara på för att ge ett komplett anbud. Bolaget har i sitt anbud inte åberopat den offererade verksamhetsledarens CV eller hänvisat till annan slutförd pedagogisk utbildning. Hade det i den andra frågan under punkten 4.3.3 hänvisats till de andra kompetenser inom pedagogik som framgår av den offererade verksamhetsledarens CV hade bedömningen möjligen varit annorlunda.

Förfrågningsunderlaget

Det finns ingen grund för påståendet att kommunerna har blandat ihop leverantörskvalificering och anbudsutvärdering på ett otillåtet sätt. Den aktuella upphandlingen avser tjänster som inte lämpar sig för gränsöverskridande handel (B-tjänster) vilket innebär att endast de nationella upphand-

lingsreglerna i 15 kap. LOU är tillämpliga. Leverantörskvalificering och anbudsutvärdering är två faser som inte får sammanblandas.

Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget att leverantörskvalificering sker innan anbudsutvärdering. Kraven som ska vara uppfyllda för att en leverantörs anbud ska kvalificeras till anbudsutvärdering framgår av punkten 3.1. Bolaget har kvalificerats till utvärderingen. Anbudet har dock förkastats eftersom det inte uppfyller samtliga obligatoriska krav.

Vid utvärdering har anbudet utvärderats utifrån tilldelningsgrunden *ekonomiskt mest fördelaktiga anbud*. Detta innebär att en viktning har gjorts av pris och kvalitet/erfarenhet med 40 procent för pris och 60 procent för kvalitet/erfarenhet. Tilldelningskriterier som ska utvärderas utifrån skalor eller nivåer måste inte anges så tydligt att anbudsgivarna på förhand kan räkna ut den exakta poängen. Det är tillräckligt att utvärderingsmodellen beskrivs så pass tydligt att det är möjligt att kontrollera att likabehandlingsprincipen har iakttagits. Kommunerna anser att detta har skett i det nu aktuella fallet.

Det finns inget som säger att det måste finnas s.k. bör-krav. Kommunerna har valt att använda en utvärderingsmodell där anbudsgivarna själva besvarar frågorna om hur de anser sig uppfylla ska-kraven. Utvärdering har skett därefter.

Tilldelningskriterierna ska vara formulerade antingen i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling (se EU-domstolens mål C-19/00). I det sistnämnda begreppet ingår kompletterande konversation och meddelande till samtliga anbudsgivare. Av förfrågningsunderlaget framgår det klart att den verksamhetsledare som offereras ska ha en pedagogisk utbildning. Vidare har detta begrepp förklarats i kommunikation med samtliga leverantörer som lämnat anbud.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och på talan av en leverantör, som har lidit skada eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse har 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 iakttas.

Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning i mål om överprövning av offentliga upphandlingar utgör en kontroll av om det på grundval av vad som framförts av sökanden i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han eller hon har lidit skada eller kan komma att lida

skada på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot LOU. En upphandlande myndighet är fri att välja vilka kriterier som ska ingå i anbudsvärderingen under förutsättning att dessa inte strider mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna som bär upp lagen. Förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen.

I mål om offentlig upphandling gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2009 ref. 69).

Vid bedömning av vilken rättsföljd som är lämpligast i ett visst fall har rätten att ta ställning till vilket skede av upphandlingen som den eller de konstaterade överträdelserna har påverkat. Rör det sig exempelvis om brister som hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet, till exempel brister i förfrågningsunderlaget, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om. Om det istället rör sig om överträdelser i kvalificeringsfasen eller tilldelningsfasen, då anbud eller anbudsansökningar redan har lämnats, kan dessa i många fall avhjälpas genom rättelse. En första förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att det fel som förekommit inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. När det är fråga om överträdelser i både det konkurrensuppsökande skedet och i senare stadier av upphandlingen bör det endast blir aktuellt med ett beslut om att upphandlingen ska göras om.

Utvärderingsmodell

När det gäller utformningen av utvärderingsmodellen är det viktigt att en anbudsgivare, med ledning av utvärderingskriterierna, deras viktning och

det sätt som anbudet kommer att poängsättas, kan förstå konsekvensen av att välja den ena eller den andra utformningen av sitt anbud. Upphandlande myndigheter har stor frihet att välja vilka tilldelningskriterier som ska tillämpas och vilken relativ vikt dessa ska tillmätas, under förutsättning att en utvärdering kan göras på grundval av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Det krävs också att kriterierna har ett samband med kontraktets föremål, inte ger myndigheten en obegränsad valfrihet, uttryckligen framgår av förfrågningsunderlaget och tilldelningsbeslutet samt att de är förenliga med lika-behandlingsprincipen och unionsrättens övriga grundläggande principer på området (se bl.a. EU-domstolens dom i mål C-448/01, Wienstrom, punkterna 33 och 39). Vid bedömningen av utvärderingsmodellen ska framhållas att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade kan godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (se RÅ 2002 ref. 50). Ett förfrågningsunderlag måste emellertid ha en konstruktion som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att jämföra inkomna anbud. Detta innebär långtgående krav på tydlighet i förfrågningsunderlaget och särskilt beträffande de utvärderingsprinciper man avser att tillämpa.

Förvaltningsrätten anser att det aktuella förfrågningsunderlaget innefattar brister i tydlighet och förutsebarhet. Underlaget anger visserligen att upphandlande myndighet ska använda sig av en utvärderingsmodell som innebär att kriteriet ledning av verksamheten bedöms enligt en femgradig skala. Det saknas dock uppgift om vad som krävs för att uppnå de olika nivåerna. Upphandlande myndighet kan därför inte anses ha redovisat hur den femgradiga skalan kommer att appliceras på kriteriet. Detta har gett upphov till en obegränsad valfrihet vid utvärderingen av tilldelningskriteriet. Förvaltningsrätten bedömer därför att förfrågningsunderlaget är utformat i strid med LOU.

Sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskriterier

När det gäller kvalificeringskriterier respektive utvärderingskriterier är det väsentligt att de inte sammanblandas. Utvärderingskriterier får endast avse egenskaper i anbudet, dvs. det erbjudande som anbudsgivaren lämnar. Av EU-domstolens avgörande i mål C-532/06 Lianakis framgår att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande, inte kan anses utgöra tilldelningskriterier. Att kvalificeringskrav och tilldelningskriterier är två olika delar av den offentliga upphandlingen och inte får sammanblandas framgår även av EU-domstolens avgörande i mål C-31/87 *Beentjes*. – De tilldelningskriterier som använts i förevarande fall - i form av kraven på verksamhetsledaren - måste enligt förvaltningsrättens mening huvudsakligen vara att hänföra till anbudsgivarens kvalifikationer och inte till kvaliteten i förhållande till föremålet för kontraktet. Sammanblandningen har medfört att anbudsutvärderingen har påverkats av ovidkommande hänsyn. Detta medför att upphandlande myndighet även i detta hänseende har brutit mot bestämmelserna i LOU.

Otydligt förfrågningsunderlag

Det har i målet framkommit att kommunerna har formulerat ett ska-krav där det ska finnas en verksamhetsledare med pedagogisk utbildning och erfarenhet av att leda kommunal vuxenutbildning. I svar på en publik fråga (nr 11) har kommunerna förtydligat kravet med att man medvetet inte angett någon inriktning eller omfattning för den pedagogiska utbildningen. Kommunerna skriver vidare att de inte kräver någon viss nivå eller inriktning på den pedagogiska utbildningen. Kravet är att föreslagna verksamhetsledare har någon form av pedagogisk utbildning i kombination med erfarenhet av att leda kommunal vuxenutbildning. Senare har kommunerna

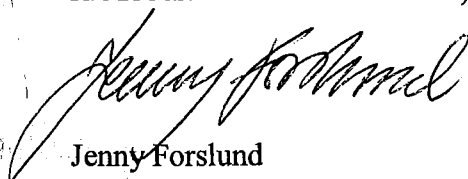
i svar på fråga (nr 13) angett att hänvisning till verksamhetsledare med icke genomförd utbildning kommer att bedömas som ett icke uppfyllt ska-krav. Av ordalydelsen i förfrågningsunderlaget går det inte att utläsa något krav på specifik nivå eller inriktning på den pedagogiska utbildningen. Kommunerna har i svar på frågor angett att det inte krävs någon viss nivå eller inriktning på den pedagogiska utbildningen. Därefter har kommunerna angett att en oavslutad utbildning inte uppfyller ska-kravet i förfrågningsunderlaget. Kommunerna kan inte sägas ha gett en klar bild av kravets egentliga innebörd. Förvaltningsrätten gör därför bedömningen att det i förfrågningsunderlaget finns en avgörande brist.

Skada

Oaktat att det kan konstateras att den upphandlande myndigheten har brutit mot LOU krävs för ingripande enligt lagen att den leverantör som ansöker om överprövning har lidit eller kan komma att lida skada till följd härav. Med skada menas inte ekonomisk skada, även om skadan kan ge en sådan konsekvens. Det räcker med att den klagande leverantören visar att dennes möjligheter att få kontrakt har minskat eller riskerar att minskas. I detta fall anser förvaltningsrätten att bolaget har förmått visa att detta krav på skada är uppfyllt.

Sammanfattningsvis gör förvaltningsrätten bedömningen att kommunerna har utformat förfrågningsunderlaget i strid med LOU. Bristerna, såsom de har redovisats ovan, har inneburit sådan risk för skada för bolaget att ingripande enligt LOU bör ske. Eftersom bristerna är hänförliga till förfrågningsunderlaget är rättelse inte en tillräcklig åtgärd. Upphandlingen ska således göras om.

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



Jenny Forslund