



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2011-04-05
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
1726-11 E
Enhet 2:2

SÖKANDE

Maje Verksamhetsutveckling HB, 969749-2032
Bangatan 24 E
414 63 Göteborg

MOTPART

Stenungsunds kommun
444 82 Stenungsund

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET

2011-04-05

Avd

Dnr

Doss

Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 73577

Postadress

Box 53197

400 15 Göteborg

Besöksadress

Sten Sturegatan 14

Telefon

031 - 732 70 00

Telefax

031 - 711 78 59

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se**Expeditionstid**

måndag - fredag

09:00-15:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

BAKGRUND

STO-upphandling, en samverkan mellan Stenungsunds och Orusts kommun, har genomfört en upphandling av utvärdering och uppföljning, Jordhammars Växtkraft. Upphandlingen har genomförts genom ett förenklat förfarande. Fyra leverantörer har inkommit med anbud. Maje Verksamhetsutveckling HB:s (bolaget) har inte gått vidare i utvärderingen då bolaget inte uppfyller ställda krav i förfrågningsunderlaget. I tilldelningsbeslut den 7 februari 2011 har kommunen beslutat att anta SKOP-research AB:s anbud. En avtalsspärr på 10 dagar gäller till den 18 februari 2011.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har vidtagits, innebärande att det ursprungliga förfrågningsunderlaget ska ligga till grund för prövningen av inkomna anbud. Som skäl för talan anger bolaget i huvudsak följande. Den 15 september 2010 inkom bolaget med anbud på förevarande upphandling. Upphandlingsunderlaget har därefter frångåtts under urvalsprocessen. Den upphandlande enheten har samlat in ytterligare information från anbudsgivarna genom en kallelse till ett obligatoriskt möte den 2 november 2010. Information kring denna kallelse fanns inte med i upphandlingsunderlaget, men bolaget informerades per telefon om att utebliven närvaro medförde uteslutning. Tidpunkten för mötet gick inte att ändra. Under mötet efterfrågades information som inte begärts i upphandlingsunderlaget. Med utgångspunkt i mötet har den upphandlande enheten genomfört förändringar i önskemålen om upphandlingstyp, vilket inneburit förändringar i grundförutsättningarna för upphandlingen. Utvärderingsformen i bolagets anbud går inte att genomföra i enlighet med de nya kraven. Det s.k. förtydligandet av tidsaspekten som den upphandlande enheten den 24 november 2010 har infogat i underlaget för beslutsfattande

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2**DOM**

och uteslutande av anbud medför indirekt att nya krav på typ av upphandlingsform har ställts. Ställda krav enligt upphandlingsunderlaget innebär att anbudsgivaren ska redovisa hur utvärderingen ska genomföras. Det ställs inga krav på typ av utvärderingar eller uppföljning. Det finns inte heller något krav på när utvärdering och uppföljning ska genomföras. Omfattningen specificeras enligt förfrågningsunderlaget som "utvärdering och uppföljning av det totala projektet". Uttrycket "det totala projektet" kan ha olika betydelser i olika utvärderingsmetoder. Om detta var viktigt borde underlaget ha varit mer specifikt utformat i detta avseende. Bolaget har per e-post förklarat att tidpunkten för genomförandet av utvärdering kan anpassas, men att bolaget inte kan byta utvärderingsmodell. Då inga tidsaspekter specificerats i upphandlingsunderlaget uppfattade bolaget att projektet behövde en övergripande utvärdering av hela verksamheten vid en viss tidpunkt fr.o.m. 1 oktober 2010 och har därför med fog lämnat ett anbud som ansågs lämpligt utifrån de krav som fanns i förfrågningsunderlaget. Bolaget uppfyller samtliga krav i underlaget. Bolaget har även kapacitet att genomföra utvärdering i enlighet med de nya önskemålen. Eftersom bolaget är bundet till lämnat anbud, i vilket pris inte kan korrigeras efter nya krav, har bolaget dock inte kunnat erbjuda en löpande utvärdering i förevarande upphandling. Vidare finns det inget i underlaget som indikerar på att det är löpande utvärdering, dvs. följeforskning, som efterfrågas. I sådana fall brukar krav på muntlig presentation ställas och dessutom brukar mest fördelaktigt pris, med viktning av föreslagna utvärderingssätt, användas. Projektet tycks dessutom ha pågått under en längre tid. Krav på EU-finansierade projekt är normalt att löpande utvärdering ska starta i samband med uppstarten av projektet. Sammantaget har upphandlingen således genomförts i strid med LOU och bolaget har därigenom lidit skada.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Upphandlingen har i allt väsentligt genomförts i enlighet med LOU. Förfrågningsunderlaget är inte behäftat med någon otydlighet och för det fall

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

förfrågningsunderlaget till någon del bedöms vara oklart är oklarheten i vart fall inte av den karaktären att det bryter mot de grundläggande principerna enligt LOU eller gemenskapsrätten. I det fall förvaltningsrätten anser att upphandlingen strider mot LOU har förfarandet i vart fall inte orsakat bolaget eller annan anbudsgivare skada. I förfrågningsunderlaget anges att den tjänst som efterfrågas är "utvärdering av det totala projektet". Avsikten var att en löpande utvärdering ska ske under den totala projekttiden. Med begreppet "det totala projektet" framgår det tydligt att utvärdering inte kan ske under en begränsad del av projektet. En utvärdering av ett EU-projekt kan inte ske innan projektet har avslutats och sker alltid löpande under projektet. Det ligger således i den aktuella tjänstens natur att uppföljning och utvärdering måste pågå under hela projekttiden. I övrigt har kommunen inte ställt några andra krav avseende utvärderingsmetod eller liknande villkor. Enligt Europeiska Socialfonden är det vidare obligatoriskt att använda sig av löpande utvärdering under hela projekttiden, varför ett sådant förfarande bör vara underförstått. Det är vedertagen branschpraxis att utvärdera ESF-projekt löpande under projekttiden. Att bolaget offererat en alternativ metod som inte accepteras för förevarande projekt, utan att ställa en fråga till den upphandlande myndigheten, styrker att bolaget saknar kapacitet att genomföra tjänsten i enlighet med förfrågningsunderlaget och således inte har kunna offerera det som erbjuds, dvs. löpande utvärdering av det totala projektet. Oavsett eventuella oklarheter i förfrågningsunderlaget skulle bolaget inte kunna tilldelas kontraktet då det inte kan tillgodose den upphandlande myndighetens behov. Således kan bolaget inte anses ha lidit skada för det fall det ursprungliga förfrågningsunderlaget kan anses vara behäftat med en sådan otydlighet att det strider mot principerna om likabehandling och transparens. Kommunen har sökt ge bolaget en möjlighet att komplettera anbudet för det fall förfrågningsunderlaget har missförstått. Dock är anbudet av sådan karaktären att ett förtydligande av redan lämnade uppgifter inte kan avhjälpa det faktum att anbudet inte uppfyller ställda krav. Således har kommunen vid anbudsutvärderingen förkastat bolagets

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

anbud på den grund att det inte uppfyller ställda krav i förfrågningsunderlaget.

Bolaget vidhåller sin ansökan och tillägger i huvudsak följande. Bolaget ifrågasätter inte förfrågningsunderlagets kvalitet, utan yrkar att det ska användas i ursprunglig form utan de tillägg som tillkommit efter den 15 september 2010. Av Svenska ESF-rådets handledning för uppföljning och utvärdering av projekt som beviljats medel från socialfonden framgår att det är nödvändigt att vara tydlig med de krav som är viktiga för upphandlingen ifråga. Handledningen anger även att det är av vikt att specificera önskemål och behov om extern utförare anlitas. Projektägaren kan fritt välja vem som ska genomföra vad i projektet och kan därför även välja att upphandla delar eller hela utvärderingsförfarandet. Mot bakgrund av detta är det rimligt att en anbudsgivare ska kunna utgå från ett upphandlingsunderlag, som tycks avse en alternativ lösning, utan att behöva fråga om avsikten med upphandlingen. Bolaget har inte haft för avsikt att erbjuda tjänster av sådan karaktär som kommunen inte har behov av.

Kommunen vidhåller sin inställning och vitsordar att förfrågningsunderlaget ska användas i ursprunglig form. Vid utvärderingen av inkomna anbud har inga andra omständigheter tagits i beaktande.

DOMSKÄL*Tillämpliga bestämmelser*

Upphandlingen har genomförts som en förenklad upphandling, varför bestämmelserna i 15 kap. LOU ska tillämpas. Enligt 15 kap. 2 § LOU tillämpas enligt detta kapital även bl.a. 1 kap., 2 kap. och 16 kap. samma lag.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

Förvaltningsrätten har enligt 16 kap. 5 § LOU att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen. Om så är fallet och detta har 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 iakttas.

Utredningen

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

3. Syfte

Stenungsunds kommun har av ESF beviljats ekonomiskt stöd för projektet Jordhammars Växtkraft. Upphandlingen avser utvärdering och uppföljning av projektet Jordhammars Växtkraft.

4. Omfattning

Utvärderingen och uppföljningen av det totala projektet. Omfattning 680 timmar. Anbudet skall även innehålla spridning av resultatet. Beskriv i bilagor hur utvärdering, uppföljning och spridning kommer att genomföras.

5. Avtalsperiod

Avtalet gäller fr.o.m. 2010-10-01.

Vid avtalstidens utgång upphör avtalet att gälla utan uppsägning.

13. Sista datum inkomna frågor

Sista datum inkomna frågor är 2010-09-08.

Anbudsgivare som upplever förfrågningsunderlaget oklart eller otydligt ombeds ställa frågor via tjänsten eller sto-upphandling@orust.se så att rättelse/förtydligande kan publiceras. Skriftliga frågor ska vara upphandlande myndigheten tillhanda senast 5 arbetsdagar före anbudstidens utgång.

Krav/utvärderingskriterier**1 Utvärdering och uppföljning****1.1 Kravspecifikation**

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 7
1726-11 E

Krav:

Att utvärdera projektets genomgripande mål att genom organisatoriska förändringar, såväl som attitydförändringar skapa snabbare och direkta kanaler ut på den reguljära arbetsmarknaden. Beskriv i bilaga hur uppdraget kommer att genomföras.

Krav:

Att utvärdera om deltagare i projekt oavsett funktionshinder har kunnat genomföra en arbetsvecka där meningsfullheten och social gemenskap bidrar till att uppnå individuell utveckling och stärka självkänslan. Beskriv i bilaga hur uppdraget kommer att genomföras.

Krav:

Att utvärdera marknadsaspekten, med arbete som metod. Beskriv i bilaga hur uppdraget kommer att genomföras.

Krav:

Att utvärdera mentorprogrammet. Beskriv i bilaga hur uppdraget kommer att genomföras.

Krav:

Anbudsgivare ska ha koppling till högskola/universitet.

Av tilldelningsbeslut framgår bl.a. följande.

Utvärdering

Företagen inbjöds till intervju/presentation av sina anbud. Intervjuerna genomfördes den 2 november 2010. Under intervjuerna framkommer att Maje Verksamhetsutvecklings anbud inte avser utvärdering och uppföljning över hela tidsperioden, den 30 april 2010 – 31 mars 2013. Övriga tre anbudsgivare har svarat enligt förfrågningsunderlaget, dvs. att de utför en utvärdering av den totala projekttiden. I förfrågningsunderlaget anges att omfattningen av uppdraget avser *det totala projektet*. Då det blev känt att Maje verksamhetsutveckling missuppfattat vad uppdraget avsåg skickades den 24 november 2010 ett förtydligande avseende utvärderingens och uppföljningens tidsperiod ut. I detta förtydligande anges att utvärdering, uppföljning och spridning skall göras *på hela projektet under den totala tidsperioden*. Maje verksamhetsutveckling svarar den 29 november 2010 att deras anbud avser ett tidsspann av ca sex månader. Därmed uppfyller inte Maje verksamhetsutveckling ställda krav enligt förfrågningsunderlaget och går därför inte vidare i utvärderingen.

Av e-mail korrespondens mellan handläggare på STO-upphandling och bolaget framgår följande. Efter möte mellan upphandlande myndighet och anbudsgivare framkom att de senare uppfattat tidsperioden för uppdraget olika. Den upphandlande myndigheten har i ett förtydligande e-mail gällande uppdragets tidsaspekt, daterat den 24 november 2010, uppgett att Projektet Jordhammars Växtkraft sträcker sig totalt över perioden den 30 april 2010 – 31 mars 2013. Utvärdering, uppföljning, och spridning ska göras på hela projektet under den totala tidsperioden. Bolaget har i e-mail

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

daterat den 29 november 2010 uppgett att anbudet inte gäller för hela perioden den 30 april 2010 – 31 mars 2013, utan att bolagets anbud gäller utvärdering av hela projektet vid en viss tidpunkt och således inte avser följeforskning. Vid vilken tidpunkt arbetet ska genomföras är öppet för diskussion, men när utvärderingen startat kommer den att genomföras under ca sex månader. Bolaget står fast vid lämnat anbud och pris och avser att genomföra utvärderingen enligt de beskrivningar som finns i lämnat underlag.

Förvaltningsrättens bedömning

För att anbudsgivare ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste ett förfrågningsunderlag vara klart och tydligt samt innehålla samtliga krav som ställs på upphandlingsföremålet. Det är därför av vikt att den upphandlande myndigheten inte lägger till eller tar bort några kriterier under upphandlingens gång. Således kan en upphandlande myndighet inte normalt förändra ett bristfälligt förfrågningsunderlag, utan måste i dessa fall avbryta upphandlingen och göra om den, särskilt i det fall ändringarna rör s.k. "skall-krav". En åtgärd som innebär att förfrågningsunderlaget ändras under pågående upphandling ska bedömas enligt de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Vid den bedömningen får en samlad prövning göras av hur åtgärden påverkar upphandlingen. Av intresse vid denna prövning är bl.a. orsakerna till ändringen, ändringens omfattning och betydelse, vid vilken tidpunkt under upphandlingen ändringen vidtogs och om några åtgärder företagits för att motverka eventuella negativa konsekvenser av ändringen (jfr Kammarrättens i Jönköping dom den 25 november 2010, mål nr 1941-10). Av praxis framgår vidare att en upphandlande myndighet inte är oförhindrad att vidta vissa åtgärder för att klargöra eventuella tveksamheter eller otydligheter i förfrågningsunderlaget under förutsättning att detta inte medför väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget (jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 2 juni 2010, mål nr 1132-10).

Bolaget har anfört att STO-upphandling efter anbudstidens utgång uppställt ett nytt krav i förevarande upphandling. Enligt ett förtydligande daterat den 24 november 2010 anges att projektet sträcker sig totalt över perioden den 30 april 2010 – 31 mars 2013 samt att utvärdering, uppföljning, och spridning ska göras på hela projektet under den totala tidsperioden. Kravet som innebär att uppföljning och utvärdering ska ske löpande under hela projekttiden, s.k. följerforskning, har legat till grund för utvärderingen. Eftersom bolagets anbud innebär att tjänsten genomförs under en begränsad tidsperiod om sex månader har det inte ansetts uppfylla ställda krav. Frågan som är föremål för förvaltningsrättens prövning är huruvida förtydligande ska betraktas som en väsentlig förändring i förhållande till förfrågningsunderlaget och om skäl för ingripande enligt 16 kap. 5 § LOU därmed föreligger. För att det ska kunna ske krävs även att bolaget lidit skada eller kan komma att lida skada till följd av förändringen.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att förfrågningsunderlaget inte specificerar under vilken tidsperiod tjänsten ska genomföras. I förfrågningsunderlaget anges enbart vad gäller omfattningen att utvärdering och uppföljning avser det totala projektet samt att omfattningen är 680 timmar. Av begreppet *det totala projektet* kan utläsas att tjänsten ska omfatta samtliga av projektets delar och möjligen att hela projektet till dess det är avslutat ska utvärderas. Begreppet ger dock ingen närmare ledning om genomförandetid och det framgår inte heller att det är fråga om en löpande utvärdering. Projekttiden har inte specificerats förrän efter anbudstidens utgång och antalet timmar ger enbart en uppfattning av tjänstens totala omfattning. I kravspecifikationen uppställs inte heller några krav på hur uppföljning och utvärdering ska gå till, dvs. vald metod för uppföljning och utvärdering. Kommunen har anfört att det ligger inbegripet i tjänstens natur att det är fråga om löpande uppföljning och utvärdering under hela projekttiden. Av Svenska ESF-rådets promemoria "Handledning för uppföljning och

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Sida 10
1726-11 E

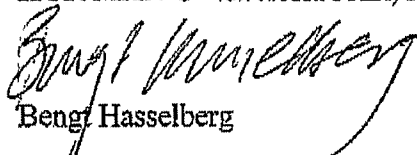
utvärdering inom Socialfondsprojekt” framgår enbart att lärande utvärdering rekommenderas för att under projekttiden fånga upp resultat och lärdomar för att förbättra genomförandet samt underlätta spridning och påverkan. En rekommendation kan emellertid inte ligga till grund för ett implicit krav, utan måste ges formen av ett öppet ställt krav. Mot bakgrund av det anförda bedömer förvaltningsrätten att förtydligandet faktiskt utgör en ändring i förhållande till ställda krav i förfrågningsunderlaget. Med hänsyn till att det är fråga om ett obligatoriskt krav som utgör en grundläggande förutsättning för upphandlad tjänst bedömer förvaltningsrätten därmed att den aktuella förändringen får anses vara så omfattande att den måste betraktas som väsentlig i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Den vidtagna ändringen får därför anses innebära att STO-upphandling förfarit på sätt som strider mot öppenhetsprincipen. Bolaget får således anses ha visat att upphandlingsförvarandet strider mot grundläggande principer i 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har till följd av det nya kravet inte gått vidare i utvärderingen och får därför också anses ha visat att bristen är sådan att den har inneburit en sådan skada för bolaget som avses i 16 kap. 5 § LOU. Förutsättningar för åtgärd med stöd av samma lagrum föreligger därför. Domstolen har enligt förevarande bestämmelse att, oavsett hur yrkandet utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. Den brist som konstaterats är hänförlig till ett grundläggande krav på upphandlingsföremålet som ska framgå av förfrågningsunderlaget. Med hänsyn därtill samt att upphandlingen ska bli meningsfull utifrån STO-upphandlings behov kan bristen inte åtgärdas på annat sätt än att upphandlingen ska göras om.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Sida 11
1726-11 E

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



Bengt Hasselberg
rådmän

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Sandra Zetterdahl.



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 vad som är 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