



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2015-12-04
Meddelad i
Växjö

Mål nr
2163-15

SÖKANDE

Miroi AB, 556535-2688
Sveavägen 168
113 46 Stockholm

Ombud: Pär Dahlund
Miroi AB,
Sveavägen 168
113 46 Stockholm

Ombud: Matilda Nyberg Dahlbäck
Miroi AB,
Sveavägen 168
113 46 Stockholm

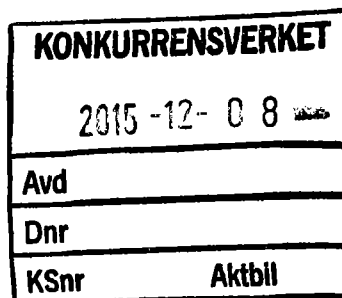
Ombud: Ivana Petrovic
Miroi AB,
Sveavägen 168
113 46 Stockholm

MOTPART

Växjö kommun
Upphandlingsenheten
Box 1222
351 12 Växjö

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 122029

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00

E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M. M.

Växjö kommun genomförde en upphandling av yrkesutbildning inom vård och omsorg enligt LOU och reglerna om förenklat förfarande. Ramavtal kommer att tecknas med en leverantör. Elva anbud inkom. Genom tilldelningsbeslut den 10 juni 2015 utsågs Lernia Utbildning Aktiebolag (Lernia) till leverantör.

Miroi AB (Miroi) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som skäl anför bolaget bl.a. följande. Utvärderingsmodellen i upphandlingen är så otydlig att transparensprincipen har trätts för när. Miroi har lidit eller riskerar i varje fall att lida skada härav. Beträffande utvärdering av punkt 3.2.1 i förfrågningsunderlaget kommer inlämnade anbud för samtliga utvärderingskriterier att tilldelas ett betyg inom skalan 0-100 efter hur väl de uppfyller kommunens önskemål. Betyg för priskriteriet tilldelas på så vis att lägst pris ger 100 och övriga anbud ges betyg efter relationen mellan respektive pris och lägst pris. Följande betygsformel gäller: $\text{Lägst pris/aktuellt pris} * 100 = \text{betyg}$ (t. ex. $200/220 * 100 = 90.91$). Utvärdering sker enligt kriterierna kompetens, genomförande och utrustning/lokaler 60 % respektive pris 40 %. – Av tilldelningsbeslutet framgår att Miroi har erhållit relativt låga poäng avseende de beskrivningar som sedan påverkade slutbetyget för anbudet. Anledningen till att Miroi har fått låga poäng beror på att förfrågningsunderlaget är så otydligt att transparensprincipen har trätts för när. I utvärderingsmodellen används flertalet subjektiva begrepp som motsvarar poäng i en betygsskala för varje kriterium. Det framgår ingensans i förfrågningsunderlaget vad som avses med begreppen, hur de ska tolkas eller vad de ska motsvara beträffande kvantitet eller kvalitet. – Transparensprincipen innebär bl.a. att förfrågningsunderlaget och dess utvärderingsmodell ska vara tydligt och klart så att en anbudsgivare kan utläsa vad som kommer att tillmätas betydelse i utvärderingen. Av tilldelningsbeslutet kan utläsas att Växjö kommun har valt att motivera anbudsgivarnas inläm-

nade beskrivning endast i de fall anbudsgivarens beskrivning bedöms erhålla visst mervärde eller högre. Det framgår och klargörs dock ingenstans i tilldelningsbeslutet vad anbudsgivarens beskrivning saknar när anbudsgivaren erhåller exempelvis ”godtagbar nivå, enligt förväntan, ger inget mervärde”. Av tilldelningsbeslutet framgår att Miroi har erhållit 50 poäng avseende utvärderingskriteriet i punkt 5.2.1 beträffande personal. Kommunen frångår att utvärdera det som faktiskt efterfrågas i förfrågningsunderlaget avseende detta utvärderingskriterium. Det var dock inte utvärderingskriteriets redovisning av ovanstående som utvärderades utan snarare vem som kommer att undervisa i respektive inriktning och ämne samt om praktiksamordnaren är vårdutbildad. Det angavs ingenstans i förfrågningsunderlaget att det ska framgå vem som ska undervisa i respektive inriktning och ämne eller att praktiksamordnaren ska ha vårdutbildning. För att inte åsidosätta transparensprincipen hade kommunen behövt ange vad de i realiteten kommer att utvärdera och således att kraven återspeglar det som faktiskt efterfrågas och tillmäts betydelse i utvärderingen. Kommunen hade exempelvis kunnat ange att det ska framgå vem som ska undervisa i respektive inriktning och ämne samt att det ska ses som mervärde om praktiksamordnaren innehar vårdutbildning. Det har varit förenat med betydande svårighet för anbudsgivare att utifrån utvärderingskriteriets vaga formulering bilda sig en uppfattning om vad som tillmäts betydelse i utvärderingen, därtill vad beskrivningen ska innehålla för att bedömas innehålla vad som efterfrågas i förfrågningsunderlaget och vad som motsvarar vilken nivå i betygsskalan. Anbudsgivaren ska inte behöva gissa vad kommunen efterfrågar. Genom att inte tydliggöra kommunens egentliga förväntningar avseende utvärderingskriteriet personal har kommunen åsidosatt transparensprincipen och förbehållit sig fri prövningsrätt och i efterhand kunnat bestämma vilka moment eller parametrar som motsvarar den förväntade nivån och därmed nivåerna för bedömning. – Beträffande utvärderingskriterium kurser i punkt 5.3.1 är det anmärkningsvärt att kommunen har underlåtit att motivera vad anbudsgivarens beskrivning saknar om anbudsgivaren erhåller 60 poäng. Genom

att inte motivera för anbudsgivaren vad som saknas i dennes beskrivning har kommunen åsidosatt transparensprincipen och sin skyldighet att motivera sitt beslut enligt 20 § förvaltningslagen (1986:223). Därtill bör kommunen, för att inte åsidosätta transparensprincipen, motivera sitt tilldelningsbeslut så att det klart och tydligt framgår av detta vad som bedöms ge mervärde eller inte. – Samma argumentation kan anföras beträffande utvärderingskriterierna validering, kvalitetsarbete, koppling till arbetslivet och utrustning i punkt 5.3.1. – Beträffande utvärderingskriteriet organisation i punkt 5.3.1 har bolaget inte angivit att man enbart erbjuder distansstudier. Vad som avses med kommunens motivering att de olika studieuppläggen beskrivs otydligt eller att beskrivningen är alltför fokuserad på distansstudier och därmed bedöms under förväntan är högst subjektiva begrepp. Det är förenat med betydande svårighet för anbudsgivare att veta vad kommunen avser och vad som värdesätts och tillmäts betydelse i utvärderingen. Förfrågningsunderlaget strider mot transparensprincipen när anbudsgivaren inte på förhand vetat vad kommunen egentligen har förväntat sig avseende organisation. – Beträffande utvärderingskriteriet lärare i punkt 5.3.1 anges ingenstans i förfrågningsunderlaget vilka förväntningar kommunen har. Det anges inte hur många timmar anbudsgivaren ska erbjuda elevstöd i form av lärare i utbildningslokaler för att mervärde ska erhållas eller att anbudsgivaren får avdrag om tillgång till lärare via plattform erbjuds. Genom att kommunen har underlåtit att tydliggöra för anbudsgivare vad som tillmäter betydelse i de olika betygsnivåerna har kommunen förbehållit sig fri prövningsrätt och i efterhand kunnat bestämma vilka moment som motsvarar den förväntade nivån och därmed nivåerna för bedömning. – Bolaget har lidit eller riskerar i varje fall att lida skada på grund av ovan nämnda brister. Bolaget skulle ha haft en reell chans att tilldelas kontrakt om inte kommunens förfrågningsunderlag hade brustit i transparens och kommunen förbehållit sig fri prövningsrätt.

Växjö kommun bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat

eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna. I kravet på affärsmässighet ligger att förfrågningsunderlaget ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse. En utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Oaktat om förfrågningsunderlaget har vissa brister har det varit tillräckligt tydligt för att Miroi ska kunna skapa sig en uppfattning om vad kommunen har efterfrågat och hur det skulle komma att utvärderas. Av förfrågningsunderlaget har framgått vilka kriterier som hänsyn ska tas till vid utvärderingen och ur dessa har viktats. Kommunen har förutsatt att Miroi såväl som andra anbudsgivare beskriver hur man vill utföra den efterfrågade tjänsten på ett optimalt sätt. Utifrån anbudsgivarnas beskrivning bedöms anbuden i enlighet med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget vilket har framgått av förfrågningsunderlagets punkt 3.2.2. – Grunden i bedömningen är att betyg 60 är godtagbar nivå. Detta ges då anbudsgivare bedöms uppnå vad som kan förväntas av en utbildningsaktör som bedriver distansutbildning. Det saknas alltså ingenting då man har erhållit betyg 60. Däremot motiveras betyg över 60 som bedöms ge mervärden. – Miroi anger att det av tilldelningsbeslutet framgår att Miroi har erhållit relativt låga poäng avseende de beskrivningar som sedan påverkade slutbetyget för anbudet. Vad Miroi menar med låga poäng är högst abstrakt. I varje fall har bolaget i fem av åtta utvärderingskriterier tilldelats betyget 60, det vill säga godkänt. – Beträffande utvärderingskriteriet personal framgår i tilldelningsbeslutet varför Lernia har bedömts ha ett mervärde och därmed tilldelats ett högre betyg. Beträffande utvärderingskriteriet organisation är utbildning via lärplattform och distansstudier inte önskvärd och nämns inte under beskrivning av tjänsten i förfrågningsunderlaget. Kommunen bedömer att Mirois anbud till stor del är inriktat på den typen av utbildning. Av anbudet framgår bl.a. att konceptuellt sett läser eleven sina kurser genom vår lärplattform. Det framgår tydligt att kommunen inte efterfrågar utbildning via lärplattform och distansstudier

och därmed är det en självklarhet att Miroi inte kan ges mervärde för detta. Beträffande utvärderingskriteriet lärare är detta ytterligare ett exempel på Mirois ifrågasättande av kommunens transparens i förfrågningsunderlaget när det faktiskt är Miroi som har valt att inte precisera anbudet tydligare varvid bolaget rätteligen inte har erhållit ett högre betyg. – Miroi har varit medvetet om utformningen av förfrågningsunderlaget i upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Bolagets underlåtenhet att ställa frågor eller begära förtydliganden under anbudstiden avseende förfrågningsunderlagets utformning tolkas av kommunen som att Miroi har ansett att förfrågningsunderlaget har varit tillräckligt tydligt formulerat, i varje fall tillräckligt tydligt för Miroi. En omsorgsfull anbudsgivare bör snarast under anbudstiden ifrågasätta ett förfrågningsunderlags utformning för de fall anbudsgivaren anser att ett förfrågningsunderlag är otydligt. Miroi har haft exakt samma möjlighet som andra anbudsgivare att utforma och optimera sitt anbud. Miroi är den enda av elva anbudsgivare som i efterhand har ifrågasatt upphandlingen. Förfrågningsunderlaget har varit så tydligt att presumtiva anbudsgivare har kunnat förutse vad kommunen tillmäter betydelse vid utvärdering av anbuden. Upphandlingen har genomförts på ett transparent och likabehandlande sätt. Orsaken till att Miroi inte har fått högre betyg är att bolaget självt har visat bristande transparens i beskrivningen av utvärderingskriterierna och de mervärden som har efterfrågats vilket följaktligen har resulterat i kommunens bedömning. Det kan inte krävas att ett förfrågningsunderlag ska vara utformat på ett sådant sätt att varje presumtiv anbudsgivare i förväg exakt ska kunna veta hur ett anbud kommer att bedömas för att det ska uppfylla kravet på transparens. Miroi har inte kunnat konkretisera hur de har lidit skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I 16 kap. 6 § första stycket LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon

annan bestämmelse i denna lag 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.

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.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Av Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78 följer att en upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma föremålet för sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling. 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. Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande samt att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt (jfr. HFD 2012 ref. 48 I-II).

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Frågan i målet är huruvida kommunen har brutit mot transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU genom att utforma förfrågningsunderlaget på så sätt att det inte har varit möjligt för anbudsgivare att förutse vad som skulle komma att tillmätas betydelse i anbudsutvärderingen.

Punkt 5.2.1

Av förfrågningsunderlagets punkt 5.2.1 framgår bl.a. att anbudsgivare ska ha personal med sådan utbildning, erfarenhet och behörighet som fordras för uppdraget. Detta gäller såväl det pedagogiska och ämnesrelaterade området som övriga områden. I anbudet bör framgå utbildningsföretagets krav på de personer som ska arbeta med uppdraget, vilken eller vilka arbetsuppgifter som aktuella personer kommer att utföra och redovisning av kompetens- och erfarenhetsbakgrund för personalen i form av meritförteckning innehållande namn, teoretisk kompetens och yrkeserfarenhet.

Kommunen har i upphandlingsprotokollet angett att Mirois anbud ligger under godtagbar nivå, bl.a. därför att det inte framkommer vem som ska undervisa i respektive inriktning och ämne. Dessutom anser kommunen att det är en brist att det inte är ett krav att praktksamordnare som kommer att följa upp praktikperioder ska vara vårdutbildade.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivare ska ange vem som undervisar i vilket ämne respektive inriktning. Miroi har på ett detaljerat sätt angivit vilka krav de ställer på sina utbildningsansvariga/rektorer respektive lärare och specialpedagoger samt angivit vilka arbetsuppgifter dessa yrkesgrupper har. Anbudet saknar dock uppgifter i form av meritförteckning innehållande namn, teoretisk kompetens och yrkeserfarenhet.

Beträffande praktksamordnare framgår det inte av förfrågningsunderlaget hur kommunen kommer att bedöma anbud om praktksamordnare är vårdutbildade eller inte. Enligt förvaltningsrättens mening framstår det emellertid som naturligt att någon som är praktksamordnare och som själv är vårdutbildad, kan förväntas ha mer ingående kännedom vilka krav som ställs på en elev eller student som ska genomföra praktik på en vårdarbetsplats och vilka förhållanden som gäller på sådana arbetsplatser, samt därmed också normalt

är bättre skickad för ett uppdrag som praktiksamordnare än någon som saknar vårdutbildning. Detta är – enligt förvaltningsrättens mening – något som en normalt omsorgsfull och rimligt informerad anbudsgivare bör ta i beaktande vid utformandet av sitt anbud. Mot bakgrund av det anförda kan förfrågningsunderlaget på denna punkt inte anses brista i transparens.

Punkt 5.3.1

Av förfrågningsunderlagets punkt 5.3.1 framgår beträffande kurser bl.a. att anbud ska innehålla en beskrivning av hur företaget vill genomföra uppdraget. Anbudsgivaren ska bl.a. redogöra för hur undervisningen organiseras, genomförs och utvärderas för att anpassas till den studerandes individuella behov och förutsättningar. Anbudsgivaren ska redogöra för möjlighet till individuella och kontinuerliga starter över året samt för hur deltids- respektive heltidsstudier organiseras och beskriva hur huvudmannen kan följa elevens studiegång.

Kommunen har i utvärderingsprotokollet bedömt att Miroi inte uppnår godtagbar nivå på grund av att olika studieupplägg beskrivs otydligt i anbudet och att bolagets upplägg är alltför fokuserat mot distansstudier. Vidare har kommunen ansett att Miroi erbjuder elever för lite lärarledd tid i utbildningslokalen och att tillgång till lärare via lärplattform inte väger upp detta.

Av utredningen i målet framgår att Miroi i sitt anbud har angett att elever läser sina kurser genom bolagets lärplattform från bolagets fasta utbildningslokaler i Växjö och deltar i lärarledda lektioner och metoddrumsövningar på plats. Studiemiljön innebär att eleverna kan läsa sina kurser helt oberoende av varandra och har tillgång till lärare för handledning på plats under hela studietiden. Det är fullt möjligt att läsa kurser och kurspaket helt på distans med tillgång till handledning på plats eller via distanslösning. Vissa teoretiska kurser läses också via lärplattformen och får ämnesspecifik handledning från lärare via distans och generell handledning av lärare på plats.

Eleven får handledning och har dialog med läraren på plats. Vidare beskriver Miroi i sitt anbud på ett konkret sätt andra detaljer beträffande hur uppdraget ska utföras, däribland vilka tider som elever har tillgång till handledning och att elever har tillgång till lärarledd handledning på plats i Växjö samt på distans.

Förvaltningsrätten konstaterar att Miroi visserligen erbjuder en utbildning med betydande inslag av distansstudier och att den erbjudna lärarledda tiden är förlagd mellan vissa klockslag under dagtid. Det kan emellertid inte anses framgå av förfrågningsunderlagets formuleringar att dessa aspekter skulle ligga Miroi till last vid anbudsutvärderingen. Inte heller har bolaget mot bakgrund av förfrågningsunderlaget kunnat förutse att deras anbud skulle komma att anses vara så otydligt att det inte skulle uppnå godtagbar nivå i anbudsutvärderingen, i synnerhet eftersom anbudets beskrivningar av studiernas upplägg enligt rättens mening inte kan anses otydliga. Förfrågningsunderlaget är i detta hänseende därför behäftat med bristande transparens.

Punkt 5.4.1

Av förfrågningsunderlagets punkt 5.4.1 framgår bl.a. att utbildningsanordnaren ska tillhandahålla en ändamålsenlig lärmiljö, inventarier, material och utrustning för utbildningens genomförande. Utbildningen ska vara tillgänglig för personer med funktionshinder. Deltagarna ska ha tillgång till datorer och referenslitteratur via utbildningssamordnaren. Avgiften för läromedel och andra pedagogiska hjälpmedel som tillhandahålls av säljaren och som skall ägas av den studerande får inte överstiga inköpspriset. Kurslokalen ska vara belägen i Växjö tätort och tillgänglig med allmänna kommunikationer.

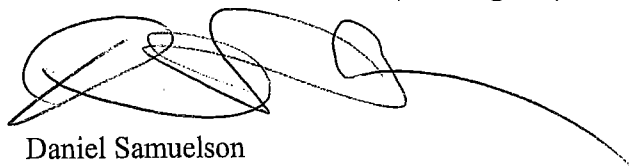
Av upphandlingsprotokollet framgår beträffande denna punkt att kommunen har angett vilka anbud som inte är godkända samt skälen härtill. Kommunen har dock inte angett varför de godkända anbuden har fått olika poäng. Förvaltningsrätten konstaterar mot bakgrund härav och med hänsyn till vad som

i övrigt framkommit att det varken av förfrågningsunderlaget eller upphandlingsprotokollet kan anses framgå tillräckligt tydligt vad som har tillmätts betydelse i anbudsutvärderingen på denna punkt. Både före och efter anbudsutvärderingen lever anbudsgivarna därmed i ovisshet angående varför deras anbud får en viss poäng och värderas högre eller lägre än konkurrenterna. Förfrågningsunderlaget måste därför anses vara behäftat med fel genom bristande transparens på denna punkt.

Har Miroi lidit eller riskerat att lida skada?

De konstaterade bristerna i förfrågningsunderlaget får anses ha föranlett att Miroi har berövats möjlighet att utforma sitt anbud så att det på bästa och mest konkurrenskraftiga sätt kunnat möta kommunens önskemål i upphandlingen. Därigenom har bolaget lidit eller i varje fall riskerat att lida skada. Under sådana förhållanden finns förutsättningar för ingripande enligt LOU. Eftersom bristerna i upphandlingen hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet måste upphandlingen göras om. Förvaltningsrätten bifaller därför ansökan om överprövning i enlighet härmed.

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



Daniel Samuelson

Föredragande: Robert Brisenstam