



SÖKANDE

Primrose Utbildning AB, 556730-5163
Frösövägen 3
832 43 Frösön

Ombud: Mikael Rendahl
Upphandlingsjuristen i Sverige AB
Box 1241
131 28 Nacka Strand

MOTPART

Östersunds kommun
831 82 Östersund

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2016 -09- 2 8	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Östersunds kommun (kommunen) genomför upphandling av grundläggande och gymnasial vuxenutbildning samt utbildning i svenska för invandrare, dnr 803-2016. Upphandlingen omfattade åtta anbudsområden och genomfördes med förenklat förfarande och med utvärderingsgrunden ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. Vid anbudstidens utgång hade 13 leverantörer kommit in med anbud. Tilldelningsbeslut fattades den 4 juli 2016. Av beslutet framgår att tio leverantörer antogs och att Primrose Utbildning AB (Primrose) tilldelades kontrakt inom anbudsområde 4 och 6.

YRKANDEN M.M.

Primrose begär överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska avbrytas och göras om. I andra hand yrkas att rättelse ska ske på så sätt att ny utvärdering ska göras varvid anbudet från AcadeMedia Eductus AB inte ska beaktas. Primrose anför i huvudsak följande till stöd för sin talan.

Kommunen har brutit mot transparens- och likabehandlingsprincipen i 1 kap 9 § LOU genom att utvärderingskriterierna avseende poängsättningen i förfrågningsunderlaget varit oförutsägbara. Den poängsättning som görs av utvärderingskriterierna i kommunens förfrågningsunderlag har lämnat ett stort utrymme för subjektiva bedömningar. Därmed har kommunen gett sig själv fri prövningsrätt.

Av punkt 11.1 "Genomförande" i förfrågningsunderlaget framgår att för beskrivning av genomförande i förfrågningsunderlaget gäller bedömning med poängsättning 0-10 poäng för var och en av kvalitetskriterierna. Kommunens beskrivning är alltför allmänt hållen och det framgår inte vad som ska erbjudas för att få en viss poäng. Utöver det faktum att det inte framgår vad som krävs för att få en viss poäng är det också oklart hur kommunen har gått tillväga för att mäta kvaliteten, d.v.s. vad man har utgått ifrån. Antingen

har kommunen jämfört inkomna anbud med varandra eller så har kommunen haft en intern beskrivning över vad som är att anse som en standardlösning, bra tillämpning och en unik tillämpning. Det kan inte anses möjligt för en normalt informerad anbudsgivare att förstå vad kommunen kommer att tillmäta betydelse och i vilken omfattning.

Vidare har grupperna som utvärderat anbuderna haft olika sammansättning. Då det inte synes ha funnits några fasta hållpunkter för vad som krävs för de olika poängnivåerna blir det än mer skönmässigt och slumpartat än om gruppen hade bestått av samma personer. Härtill kommer att det inte går att utläsa av kommunens tilldelningsbeslut och utvärderingssammansättning varför olika hög poäng utdelats. En utvärderingsmodell som innefattar stora inslag av subjektivitet medför naturligen också en risk för att lika fall behandlas olika, i strid med likabehandlingsprincipen.

För det fall förfrågningsunderlaget inte varit oförutsägbart hade Primrose kunnat utforma sitt anbud på ett mer konkurrenskraftigt sätt. På grund av detta lider eller i vart fall riskerar bolaget att lida skada, varför skäl till ingripande enligt LOU föreligger.

Utöver förfrågningsunderlagets otydlighet avseende poängsättningen har kommunen brutit mot bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU då de inte följt den i förfrågningsunderlaget angivna beräkningsmetoden för att utse det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utan räknat med 100 som maxpoäng trots att det i förfrågningsunderlaget anges att maximalt antal kvalitetspoäng är 60. Vidare har AcadeMedia tilldelats ramavtal trots att anbudet inte uppfyller samtliga ska-krav. Enligt punkt 7.3.1 i förfrågningsunderlaget får beskrivningen innehålla maximalt 4800 tecken. Vid kontroll av AcadeMedias anbud kan konstateras att deras beskrivning består av 4938 tecken exkl mellanslag och 5709 tecken inkl mellanslag. Detta har påverkat vilken placering

bolaget rangordnats på och därmed i vilken turordning som avrop kommer att ske. Därmed lider eller i vart fall riskerar bolaget att lida skada.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Att det varit olika sammansättningar av bedömare för de olika anbudsområdena har enbart varit till gagn för bedömningen då respektive grupp har satts samman av ansvarig rektor utifrån vad som krävts för en god kvalitetsbedömning inom det aktuella anbudsområdet. Bedömningsgruppens sammansättning har utgått ifrån de enskilda medlemmarnas sammanlagda kompetens mot de i anbudsområdet ställda kraven. Bedömningen av anbudsområdena har därigenom blivit bedömda objektivt.

Det krävs för likabehandling och transparens att den upphandlande myndigheten så utförligt som möjligt uttrycker vad man kommer att lägga vikt vid i utvärderingen. Detta har skett i aktuellt fall. Om den upphandlande myndigheten fastställer andra utvärderingskriterier än enbart pris, t.ex. kvalitet, är det i stort sett ofrånkomligt att kriterierna i viss mån bedöms subjektivt vid utvärderingen. Anbudsgivarna har haft möjlighet ställa frågor. Därtill är det för kommunen otänkbart att någon av anbudsgivarna, utifrån deras specifika kunskaper i branschen, skulle uppfatta utvärderingskriterierna som otydliga.

Samma utvärderingskriterier har gällt för alla anbudsområden. För vart och ett av dem är det tydligt angivet vilka kriterier som gäller. Ställda krav under punkten 8 Krav på utbildningens genomförande, punkten 9.8-9.15 Kravspecifikationer Anbudsområden 1-8 och punkten 10 Utvärderingskriterier samtliga anbudsområden ger en normalt informerad anbudsgivare klar och tydlig vägledning för vad poängsättningen tillmäter betydelse.

Sammanfattningsvis anser kommunen att upphandlingen uppfyller kraven på transparens, likabehandling och förutsägbarhet och att det saknas grund för att avbryta upphandlingen och göra om den. Kommunen har behandlat

anbudsgivarna på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och har genomfört upphandlingen på ett öppet sätt och har därmed inte brutit mot principerna i LOU utan följt lagen.

Kommunen vitsordar att bolaget haft fog för invändningen om korrekt beräkningsmodell. Kommunen har gått igenom alla utvärderingar och räknat om jämförelsepris med korrekt modell. De hänvisar till bifogad sammanställningar i excelformat med justerade beräkningar. Ändringen innebär ingen förändring beträffande vinnande anbud. Bolaget har alltså inte lidit skada. Det ytterligare antal tecken som förekommit i anbudsgivarens anbud är inte fler än att det bör ses som ett fel av så liten art att det inte finns grund för att förkasta anbudet.

Primrose har slutligen anfört bl.a. följande. Kommunen har hänvisat till excelfiler med nya sammanställningar. Bolaget har inte fått ta del av dessa och kan därför inte bemöta detta. Utifrån vad kommunen framfört framstår det som att sammanställningarna enbart tar sikte på vem som vinner och därmed inte vem som rangordnas på andra plats o.s.v. Det är kommunens skyldighet att göra om utvärderingen och skicka ut den till berörda anbudsgivare. Kommunen har vitsordat att AcadeMedia inte uppfyller ska-kravet på maximalt antal tecken. Det är enligt den praxis som finns från Kammarrätten inte tillåtet att anta ett anbud som inte uppfyller samtliga ska-krav. Detta gäller även om ska-kravet utgör ett formkrav.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

Upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och 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 denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kommer att lida skada, ska rätten efter ansökan av en leverantör besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 4 och 6 §§ LOU).

Utredningen i målet

Under punkten **8** i upphandlingens förfrågningsunderlag **Krav på utbildningens genomförande** anges de krav som uppställts avseende individuell studieplan, individuell pedagogisk planering, introduktion och kartläggning, validering, kombination av utbildningar inom vuxenutbildning, utbildningsmaterial, kvalificerad personal och kompetensutveckling, lärare samt administratör. Under varje rubrik följer en text som definierar och utvecklar respektive krav. Vidare anges under punkterna **9.8-9.15 Kravspecifikation Anbudsområde 1-8** de specifika krav som uppställts inom respektive anbudsområde och under punkten **10 Utvärderingskriterier samtliga anbudsområden** vad anbudsgivaren ska inkomma med för information och hur respektive område viktas. Slutligen anges under punkten **11 Utvärdering** vilka kriterier som gäller vid poängbedömningen och hur jämförelsepriset kommer att beräknas.

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som bär upp denna lagstiftning samt att den som begär överprövning lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens brott mot LOU. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till vad Primrose som sökande har anfört till stöd för sin talan (jfr RÅ 2009 ref.69).

Av principen om likabehandling följer att anbudsgivarna ska ges lika möjlighet att utarbeta sina anbud och att de ska behandlas lika när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten. Förfrågningsunderlaget ska vara utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Varje leverantör ska därmed med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kunna bilda sig en uppfattning av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas. 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 lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref.50).

Primrose har i huvudsak anfört att utvärderingskriterierna avseende poängsättningen i förfrågningsunderlaget varit oförutsägbara och att det är oklart hur kommunen gått tillväga för att mäta kvaliteten. De har vidare anfört att kommunen inte följt den angivna beräkningsmetoden, att de inte fått ta del av kommunens nya beräkningar samt att AcadeMedia inte uppfyllt ska-kraven då de överskridit maximalt antal tecken i sin beskrivning under punkt 7.3.1.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis följande. Kommunen efterfrågar i upphandlingen grundläggande och gymnasial vuxenutbildning samt utbildning i svenska för invandrare. I punkten 8 Krav på utbildningens genomförande anges ska-kraven avseende tjänsten. De inkomna anbuderna utvärderas avseende det pris anbudsgivaren angett tillsammans med vad som anges i förfrågningsunderlaget under punkten 10 Utvärderingskriterier. Poängsättning sker enligt en skala 0-10, där 10 är bäst poäng.

I alla upphandlingar där tilldelningsgrunden är att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas, förekommer värderingar av anbudena. Värderingen görs av den upphandlande myndigheten och att en anbudsgivare på förhand genom att ta del av förfrågningsunderlaget ska kunna förutse det exakta utfallet av utvärderingen av sitt anbud är inte möjligt. Att en mervärdesmodell innehåller subjektiva moment är enligt förvaltningsrättens mening ofrånkomligt och innebär inte per automatik att upphandlingen brister i transparens och likabehandling. I förevarande fall finner förvaltningsrätten att kommunen på de punkter som Primrose ifrågasatt i förfrågningsunderlaget och som återgetts ovan har angett förutsättningarna på ett sådant sätt att de uppfyller kraven på förutsebarhet och transparens.

Det har inte heller visats att kommunen vid utvärderingen tillämpat utvärderingskriterierna på ett sätt som strider mot likabehandlingsprincipen. Att kommunen avvikit från informationen i punkten 11.3 genom att utgå från 100 som maximal poäng istället för 60 har i detta avseende ingen betydelse då kommunen vid utvärderingen använt samma beräkningsgrund för samtliga anbud. Vad Primrose anfört i denna del medför inte att det kommit fram att Primrose riskerat att lida någon skada på grund av felaktigt agerande från kommunens sida. Den nya sammanställning kommunen hänvisar till i sitt yttrande saknar således betydelse för utvärderingen.

Slutligen konstaterar förvaltningsrätten att den information kommunen lämnat i punkten 7.3.1 visserligen kan uppfattas som ett ska-krav. Det får dock förutsättas att det är fråga mer om en avgränsning med anknytning till själva handläggningen av upphandlingen och inte ett krav som avser den anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet kopplade till kontraktsföremålet (11 kap. 2 § LOU).

Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 16 kap. 10 § LOU, enligt vilken den upphandlande myndigheten när förlängd avtalsspärr råder inte får ingå

avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

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



Robert Dalman

lagman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Kristin Norling.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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. 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 överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.