



SÖKANDE

Re Zon AB, 556727-9095

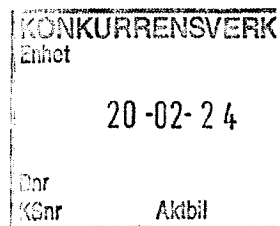
Ombud: Caroline Svedberg
Forma Jurister och Ekonomer AB

MOTPART

Flens kommun

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen ”Utvecklande ledarskap (UL) och Indirekt ledarskap (IL)”, dnr UPPH/2019:73 får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Rättelsen ska bestå i ny utvärdering varvid referens som lämnats efter anbudstidens utgång inte ska beaktas.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Flens kommun (kommunen) har genomfört upphandling av ledarskapsutbildningarna *Utvecklande ledarskap (UL)* och *Indirekt ledarskap (IL)*, dnr UPPH/2019:73 (upphandlingen), som ett förenklat förfarande enligt LOU. Tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt principen om kostnad. Vid både det första tilldelningsbeslutet den 19 november 2019 och det förnyade tilldelningsbeslutet den 22 november 2019 tilldelades kontraktet MT Consulting i Karlstad AB (MT Consulting).

Re Zon AB (Re Zon) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkas att

upphandlingen ska rättas på så sätt att den inte får avslutas förrän kommunen med korrekt tillämpning av LOU prövar aktuella anbud.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Re Zon

Anbudsutvärdering

Av upphandlingsdokumentet punkt 4.1 *Anbudsutvärdering* framgår att anbud som kvalificerats för att gå vidare utifrån lämnade referenser åsätts en bedömning i tre grader som medför ett avdrag på offererat pris om 0,4 ("Utomordentlig"), 0,2 ("Med beröm godkänd") och 0,0 ("Godkänd").

Re Zon har vid referenstagningen erhållit bedömningen 0,4 för både UL och IL vid utvärderingarna för båda tilldelningsbesluten. Vid den första utvärderingen erhöll MT Consulting bedömningen -0,3 utifrån ett medelvärde av bedömningen "Utomordentlig" (-0,4) och "Med beröm godkänd" (-0,2). Möjlighet till sådan genomsnittsbereäkning i värderingssättet framgår inte av upphandlingsdokumentet.

Därefter meddelade kommunen att det första tilldelningsbeslutet ska göras om. Inför det nya tilldelningsbeslutet har kommunen förklarat att de efter anbudstidens utgång begärde MT Consulting att inkomma med ny referens avseende UL från Kalmar kommun. Vid det förnyade tilldelningsbeslutet skedde en uppdelning av bedömningen för anbudsdelarna UL och IL. I båda dessa anbudsdelar har Re Zon erhållit bedömningen "Utomordentlig" och MT Consulting har erhållit "Utomordentlig" för UL och "Med beröm godkänd" för IL.

Av upphandlingsdokumentet framgår att prövningen av anbudet i sin helhet ska ske i två steg, kvalificering och prövning. Sedan anbudet kvalificerat att gå vidare till prövning ska en viktning av anbudet ske där kvalitet värderas till 40 % och pris till 60 %. Mot denna bakgrund erhåller den leverantör som genomför referenstagningen bedömningen "Utomordentlig" 0,4 % avdrag på offererat pris. En tillämpning av medelvärde alternativt en uppdelning av bedömningen på anbudsdelarna UL och IL står i strid med upphandlingsdokumentet.

Komplettering/rättelse

MT Consulting har på begäran av kommunen inkommit med ny referens efter den 11 november 2019 som var sista dag för anbudsinslämning. Kommunens begärda komplettering/rättelse av anbud efter anbudstidens utgång har förändrat ansökan och inneburit att nya uppgifter tillförts anbudet.

I anbudsdokumentets punkt 2.5 *Komplettering och förtydligande av inkommet anbud* skriver upphandlaren:

"Möjligheten för Beställaren att begära kompletterande uppgifter avseende lämnat anbud/offert efter sista dag för anbudsinslämning är ytterst begränsad. För att Beställaren ska ha möjlighet att pröva anbud/offert är det därför viktigt att anbudsansökan innehåller samtliga begärda uppgifter.

Beställaren kan, inom ramen för LOU kap. 4 § 9, medge att anbudsgivaren får rätta en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet/offerten. Beställaren får vidare begära att en anbud/offert förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för

särbehandling eller konkurrensbegränsning. Eventuell begäran om förtydligande eller komplettering ska besvaras skriftligt.”

Utrymmet för kommunen att begära en komplettering/rättelse efter anbuds-
tidens utgång är ytterst begränsad och såvitt avser inverkan på pris är utrym-
met obefintligt.

Skada

Mot bakgrund av hur den aktuella upphandlingen genomförts går det inte att
med säkerhet säga vilken av anbudsgivarna som skulle ha tilldelats anbudet
vid en korrekt tillämpning av LOU.

Kommunen har på ett allvarligt sätt åsidosatt principerna om likabehand-
ling, transparens och fri konkurrens samt begärt komplettering/rättelse i
strid med 4 kap. 9 § LOU. Detta har medfört att Re Zon lidit skada eller kan
komma att lida skada.

Kommunen

Efter att kommunen den 22 november 2019 gjort en ny utvärdering helt i
enlighet med upphandlingsdokumentets värderingssätt och fattat ett nytt
tilldelningsbeslut, strider inte upphandlingen mot principerna om
likabehandling och transparens.

Förfrågan om ny referens från MT Consulting för UL skedde på grund av en
jävsituation mellan MT Consultings offererade utbildningskonsult och deras
först angivna referens. Förfrågan går inte utöver möjligheten att komplettera
anbudet enligt 4 kap. 9 § LOU. Kompletteringen av ny referens har inte
inneburit risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning och inte heller
påverkat priset eller ”kärnan” såsom klaganden påstår.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig ska på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter som den grundar sin talan på (se RÅ 2009 ref. 69). Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast om myndigheten har förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU (se HFD 2013 ref. 5).

Förvaltningsrätten har därmed att pröva om det på grundval av vad Re Zon har anfört är visat att kommunen brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att Re Zon lidit eller kan komma att lida skada (20 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter och enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Re Zon gör gällande att kommunen dels genom utformning och tillämpning av utvärderingsmodell har begränsat konkurrensen på ett otillbörligt sätt, och dels att kommunen har överträtt bestämmelserna om rättelse och komplettering genom att tillåta att anbud har kompletterats med ny referens efter anbudstidens utgång. Re Zon anför att kommunen härigenom har handlat i strid med principerna om likabehandling och transparens på ett sätt som inneburit att Re Zon lidit eller kan komma att lida skada.

Anbudsutvärdering

En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde eller i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa

leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (4 kap. 2 § LOU). En upphandlande myndighet har däremot stor frihet att välja vilka utvärderingskriterier den vill tillämpa vid tilldelning av kontrakt så länge dessa inte står i strid med LOU eller de unionsrättsliga principerna och så länge utvärderingsmodellen är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga kontraktet utifrån vald tilldelningsgrund (se bl.a. EU-domstolens dom i mål C-532/06 Lianakis).

Vidare måste den upphandlande myndigheten lämna så mycket information om hur utvärdering ska gå till att anbudsgivare kan förutse vad som kommer att tillmätas betydelse (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-532/06 Lianakis och i mål C-19/00 SIAC Construction). Utvärderingsmodeller som inte möjliggör för anbudsgivare att utläsa hur utvärderingen ska ske kan däremot inte anses förenliga med principen om likabehandling och skyldigheten att möjliggöra insyn som följer härav.

I upphandlingsdokumentets punkt 3.4 ”*Organisation och tidigare erfarenhet*” anges bl.a. följande:

- *Leverantörens utbildningskonsult ska ha varit ansvarig för att leda en utbildning i Utvecklande ledarskap i offentlig verksamhet samt genomfört utbildning i Indirekt ledarskap i offentlig verksamhet.*

Referens ska lämnas enligt punkt 3.4 *Generellt*.

I upphandlingsdokumentet punkt 4.1 ”*Anbudsutvärdering*” anges, i för målet relevanta delar, följande:

Utvärdering av anbudsgivare och dess anbud/offert sker i två steg, kvalificering och prövning enligt nedan.

Steg 1 – Kvalificering

Efter anbudsöppning enligt LOU, kap. 13–14, kontrolleras och kvalificeras anbudsgivarna utifrån ställda krav på Leverantören, se ”Krav på leverantören” ovan. De anbudsgivare som klarar kvalificering går vidare till prövning/utvärdering.

Steg 2 – Prövning

Prövning/utvärdering sker genom kontroll av kravuppfyllelse.

Viktning utvärdering:

Kvalitet 40%

Kostnad 60%

Med kvalitet avses kvalitet på lämnade referenser på utförda uppdrag i enlighet med punkt 3.4 ovan.

Bedömning:

Utomordentlig -0,4 på offererat pris

Med beröm godkänd -0,2 på offererat pris

Godkänd -0 på offererat pris

Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlingsdokumentet innehåller en beskrivning av hur kvalitetsbedömningen ska göras och att den sker utifrån ”Utomordentlig” vilket ger ett avdrag om 0,4 på offererat pris, ”Med beröm godkänd” vilket ger ett avdrag om 0,2 på offererat pris och ”Godkänd” vilket inte ger något avdrag på offererat pris. Därtill framgår att en anbudsgivare som har genomfört Utvecklande ledarskap i offentlig verksamhet samt genomfört utbildning i Indirekt ledarskap i offentlig verksamhet uppfyller det obligatoriska kvalificeringskrav som i denna del ligger till grund för referenserna i kvalitetsutvärderingen.

Med beaktande av uppgifterna som lämnats i upphandlingsdokumentet och hur detta formulerats i fråga om tilldelningskriterierna liksom hur utvärderingen kommer att gå till anser förvaltningsrätten att det i tillräcklig grad kan utläsas vad som tillmäts betydelse vid utvärderingen och för att en presumtiv anbudsgivare ska skapa sig en god bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Annat har inte framkommit än att den utvärderingsmodell som kommunen har tillämpat får anses leva upp till de krav som följer av de grundläggande principerna om likabehandling och transparens i LOU, i vart fall vid den andra utvärderingen som skett. Att kommunen efter en första utvärdering har justerat denna för att vid en andra utvärdering tillämpa utvärderingsmodellen i enlighet med vad som angetts i upphandlingsdokumentet förleder ingen annan bedömning. Inte heller den omständigheten att en anbudsgivares poäng vid kvalitetsutvärderingen har fastställts separat i förhållande till referens från respektive genomförd utbildningskategori (UL respektive IL) på det sätt gjorts, innebär enligt förvaltningsrätten att utvärderingsmodellen kan anses brista i transparens. Vad Re Zon har anfört i målet visar inte heller att utvärderingsmodellen skulle leda till ett icke rättvisande resultat eller att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte har antagits i upphandlingen. Förvaltningsrätten konstaterar därtill att Re Zon inte visat på vilket sätt tillämpningen av utvärderingsmodellen har medfört att Re Zon har lidit eller kan komma att lida skada. Det saknas därmed skäl för ingripande mot upphandlingen i denna del.

Komplettering/rättelse

I upphandlingsdokumentet punkt 4.1 ”*Anbudsutvärdering*” anges, i för målet relevanta delar, följande:

Anbudsgivare kan komma att bjudas in för att tydliggöra och undanröja eventuella oklarheter eller felskrivningar från anbudet så att inga missförstånd föreligger. Denna inbjudan ska inte ses som förhandling.

I upphandlingsdokumentet punkt 2.5 ”Komplettering och förtydligande av inkommet anbud” anges, i relevanta delar, följande:

Möjligheten för Beställaren att begära kompletterande uppgifter avseende lämnat anbud/offert efter sista dag för anbudsinslämningen är ytterst begränsad. För att Beställaren ska ha möjlighet att pröva anbud/offert är det därför viktigt att anbudsansökan innehåller samtliga begärda uppgifter.

Beställaren kan, inom ramen för LOU kap.4 § 9, medge att anbudsgivaren får rätta en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet/offerten. Beställaren får vidare begära att en anbud/offert förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Eventuellt begäran om förtydligande eller komplettering ska besvaras skriftligt.

Av punkt 2.5 Sista dag för anbudsinslämning framgår att anbudstidens utgång är den 11 november 2019.

Av 4 kap. 9 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. En sådan åtgärd ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

Som utgångspunkt får ett anbud inte ändras efter det att tidsfristen för att ge in handlingen har löpt ut. En rättelse kan i formell mening innebära att redan lämnade uppgifter ändras men ska, för att inte strida mot likabehandlingsprincipen, i reell mening inte medföra att anbudet förändras. Därtill gäller att helt nya sakuppgifter inte kan tillföras ett anbud genom en komplettering eller ett förtydligande. Förtydligande och komplettering av uppgifter i ett anbud ska inte innebära att tidigare lämnade uppgifter ersätts med nya, utan ska enbart konkretisera dem på något sätt. (Jfr. prop. 2015/16:195 s. 977.)

Det får anses ostridigt att det på efterfrågan av kommunen har tillförts en ny referens till MT Consultings anbud efter anbudstidens utgång. Kommunen har uppgett att efterfrågan av den nya referensen har berott på att en jävs-situation har förelegat mellan MT Consulting och dess referens för utbildning i Utvecklande ledarskap.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av upphandlingsdokumentets punkt 3.4 framgår att angivande av referensuppdrag utgör ett obligatoriskt krav och att anbudstiden inte har förlängts i något skede av upphandlingsprocessen. Annat har inte framkommit än att den nya referensen var tillgänglig innan anbudstidens utgång men tillfördes MT Consultings anbud efter nämnda tidpunkt. Därmed har en ny uppgift till grund för kvalificering och uppfyllelse av obligatoriskt krav tillförts anbudet efter anbudstidens utgång på ett sätt som måste anses medföra att anbudet har förändrats.

Mot bakgrund av vad som framgår ovan anser förvaltningsrätten att den nya referens som tillförts MT Consultings anbud efter anbudstidens utgång inte är en sådan rättelse, komplettering eller förtydligande som kan ske med stöd av 4 kap. 9 § första meningen LOU. Det anses inte heller vara fråga om att tidigare referens enbart har konkretiserats med stöd av 4 kap. 9 § andra meningen LOU, eftersom ett förtydligande eller en komplettering inte får leda till annat än att marginella sakuppgifter tillförs (jfr Kammarrätten i

Stockholms dom i mål 7138-10). Inte heller anses det utgöra ett tydliggörande för att undanröja eventuella oklarheter eller felskrivningar enligt upphandlingsdokumentet punkt 4.1.

Eftersom referensen legat till grund för bedömning av om anbudet uppfyller ett för upphandlingen obligatoriskt krav har förfarandet inte heller skett utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning (jfr HFD 2016 ref. 37). Kommunen har därmed genom att inhämta en ny referens efter anbudstidens utgång handlat i strid med vad som kan tillåtas enligt 4 kap. 9 § LOU och avvikit från likabehandlingsprincipen. Tillförandet av den nya referensen efter anbudstiden har haft sådan väsentlig betydelse för upphandlingen att Re Zon kan ha lidit skada. Grund för ingripande föreligger därmed enligt 20 kap. 6 § LOU.

I mål om överprövning av offentlig upphandling är domstolen, när det gäller frågan om en upphandling ska göras om eller rättas, obunden av parts yrkanden. Domstolen kan, oberoende av hur yrkandet har utformats, välja att bifalla en ansökan om överprövning genom att besluta att upphandlingen ska göras om eller rättas (se RÅ 2005 ref. 47). Med denna befogenhet får anses följa en skyldighet för den överprövande domstolen att undersöka förutsättningarna för de olika åtgärderna (se RÅ 2008 not. 26).

Förvaltningsrätten konstaterar att MT Consulting har lämnat uppgifter om referensuppdrag som anges i upphandlingsdokumentets punkt 3.4 till grund för kvalificering innan anbudstidens utgång. Kommunen har uppgett att en jävsituation mellan MT Consulting och referensen har medfört att referensen inte har beaktats. Förvaltningsrätten konstaterar dock att något beslut om att förkasta MT Consultings anbud och utesluta anbudet från anbudsutvärdering inte har fattats. Vidare ska förvaltningsrätten inom ramen för denna överprövning inte pröva kommunens bedömning av anbudens kvalificering. Av denna anledning bedömer förvaltningsrätten att rättelse är

en tillräcklig åtgärd. Rättelsen ska bestå i ny utvärdering varvid referens som lämnats efter anbudstidens utgång inte får beaktas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Angelica Hage
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande förvaltningsrättsnotarie har varit Robin E. Göbel.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.