



SÖKANDE

Exlearn Education AB, 556960-0215

Ombud: advokaten Thomas Svedberg

MOTPART

Halmstads kommun

Ombud: Mats Wallmark

SAKEN

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

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2019-08-09 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| Doss | Aktbil |

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Halmstad kommun (kommunen) genomför en upphandling av vuxenutbildning, dnr UAN 2019/00107 avseende två separata anbudsområden, anbudsområde 1 som avser skolförlagd undervisning och anbudsområde 2 som avser distansundervisning. I förfrågningsunderlaget anges som ett obligatoriskt krav att anbudsgivaren ska ha erfarenhet från tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning utförda under de senaste tre åren vilket ska styrkas med två kundreferenser. Med liknande omfattning avses ett referensuppdrag med minst 500 elever per år och ett referensuppdrag med minst 400 elever per år inom kommunal vuxenutbildning.

Av tilldelningsbeslut, Anbudsområde 2, den 20 maj 2019 framgår att Exlearn Education AB (bolaget) inte ansågs uppfylla ställt krav på två referensuppdrag med liknande omfattning och att bolaget därför inte gick vidare till anbudsprövning.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att ifrågavarande upphandling inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att bolagets anbud utvärderas såvitt avser anbudsområdet 2. Bolaget yrkar också att förvaltningsrätten förlägger kommunen att inkomma med fullständiga uppgifter avseende vilka referenter övriga anbudsgivare har hänvisat till samt uppgifter om antalet elever som då har angivits. Bolaget anför bl.a. följande. Bolaget har lämnat Tranås och Nässjö kommuner som referenser och har erhållit mycket höga betyg från båda kommunerna. Antalet unika elever säger inget om anbudsgivarens erfarenhet, kompetens, resurser eller förmåga. Bolaget har utgått från elever i betydelsen kursdeltagare, detta enligt branschpraxis. Kravet brister i förhållande till den grundläggande principen om transparens, i vart fall om kravet läses i samband med prisbilagan där det talas om både

kursdeltagare och pris per elev. Priset per elev är självklart kopplat till antalet kursdeltagare, oavsett om någon elev läser flera kurser, eftersom ersättning utgår för varje kurs som en unik elev läser. Annat sätt att beskriva antalet unika elever är irrelevant och står därmed i strid med den grundläggande principen om proportionalitet. Det står ingenstans i förfrågningsunderlaget eller andra dokument att upphandlingen handlar om antalet unika elever. Ett uppdrag som omfattar 500 unika elever är ett i sammanhanget mycket stort uppdrag och det finns extremt få sådana i Sverige. Omvänt innebär detta att det inte finns många anbudsgivare, om ens någon, som har uppdrag av den storleken. Kommun har sekretessbelagt anbudsgivarnas referentuppgifter och bolaget har därför inte kunnat få ut uppgifter om vilka uppdrag övriga anbudsgivare har refererat till. Kommunen menar att utvärderade anbudsgivare skulle ha erfarenhet av uppdrag av angiven storlek, vilket inte kan stämma. Det framgår att bolaget lämnat det lägsta anbudspriset vilket innebär att bolaget tilldelats uppdraget om anbudet utvärderats. Bolaget har därför lidit skada eller riskerar i vart fall att lida skada.

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför bland annat följande. Upphandlingen är genomförd enligt principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet enligt 4 kap. 1 § LOU. Bedömningen av referenser är korrekt. Påståendet att elever alltid är kursdeltagare är direkt felaktigt. Detta kan inte anses vara branschpraxis, ingen av de andra anbudsgivarna har gjort denna liknelse. Elever innebär unika elever och skiljer sig därmed från begreppet kursdeltagare. Det framgår bland annat av Skolverkets definition att en elev är en person som deltagit i en eller flera kurser under året, medan kursdeltagare är en person som någon gång under året (minst en undervisningstimme) deltagit i en kurs. En omsorgsfull anbudsgivare bör ha uppmärksammat denna skillnad.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU 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 (20 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange grunderna för sin talan (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69). Ett anbud som inte uppfyller alla obligatoriska krav ska förkastas (HFD 2016 ref. 37 I och II).

Det har inte framkommit skäl att förelägga kommunen att inkomma med fullständiga uppgifter avseende de andra anbudsgivarnas referenser.

Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen avser två anbudsområden avseende vuxenutbildning där det i målet aktuella området

avser distansundervisning (anbudsområde 2) och det andra området avser skolförlagd undervisning. Det framgår vidare att volymen för teoretisk kommunal vuxenutbildning i kommunen 2018 var cirka 25 miljoner kronor med totalt cirka 4 800 elever. Distansundervisning utgjorde fem procent av cirka 25 miljoner kronor. Det framgår vidare att anbudsområde 2 i förhållande till uppgifterna om volym för 2018 omfattar ytterligare två skolformer. Ett av de obligatoriska kraven i upphandlingen är att anbudsgivarna ska lämna två referenser från tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning. Med liknande omfattning avses ett referensuppdrag med minst 500 elever per år och ett referensuppdrag med minst 400 elever per år inom kommunal vuxenutbildning. Bolaget har hävdat att det utgör branschpraxis att likställa begreppen kursdeltagare och elever, men något stöd för påståendet har inte redovisats. Kommunen har bland annat hänvisat till Skolverkets definitioner av begreppen till stöd för att det är fråga om skilda begrepp med olika innebörd. Bolaget har inte visat att det är branschpraxis att likställa begreppen kursdeltagare och elever. Bolagets referenser uppfyller inte kravet på liknande omfattning vad gäller antal elever. Kravet kan inte anses ottydligt utformat. Eftersom bolaget inte uppfyllt ett av de obligatoriska kraven har kommunen haft fog för att förkasta bolagets anbud. Bolaget har inte heller redovisat något stöd för sina övriga påståenden i fråga om kommunens utvärdering av lämnade anbud. Det är därmed inte visat att kommunen brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU genom sitt beslut att förkasta bolagets anbud. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Ingela Larsson
Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Johan Lindberg.



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 rätts-tillämpningen.
- 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.

