



SÖKANDE

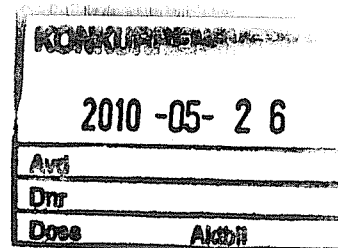
Wildland Fire International AB, 556575-4362
Hallsta 2310
841 92 Ånge

MOTPART

Ånge kommun
841 81 Ånge

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning och upphäver det interimistiska beslutet från den 1 april 2010.

BAKGRUND

Ånge kommun (nedan kommunen) har den 1 mars 2010 publicerat anbuds-
inbjudan avseende förenklad upphandling av utbildning inom brandbe-
kämpning samt förebyggande och hjälpande åtgärder vid naturkatastrofer
(ref. nr. 2010/10). Till anbudsinbjudan har bifogats ett förfrågningsunder-
lag. Enligt förfrågningsunderlaget ska anbud vara inkommet senast den 29
mars 2010 för att kunna prövas.

Wildland Fire International AB (bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse vidtagits. Till stöd för sin ansökan anför bolaget i huvudsak följande. Vad gäller principen om transparens och genomsyn anför det i upphandlingen inte finns någon möjlighet att se hur man uppfyller utvärderingskriterierna eftersom dessa är okända vilket medför att resultatet helt kommer att bero på utvärderaren vid den upphandlande enheten. Genom utformningen av utvärderingskriterierna bryter man även mot proportionalitetsprincipen eftersom det vid utvärderingen finns risk att man favoriserar överkompetens vilket i praktiken innebär att man utvärderar kvalifikationer som är utöver vad som krävs för uppdraget. Upphandlingen öppnar även för godtycke eftersom utvärderingen aldrig kan bli rättvis då samtliga frågor ska besvaras med fritext och hela utslaget beror på den som utvärderar svaren. Den beskrivning av hur svaret ska utformas skapar ytterligare godtycke i utvärderingen och det föreligger risk att olika tolkning av en fråga eller olika sätt att svara leder till en felaktig utvärdering. Det är den upphandlande enhetens ansvar att ställa minimikrav på de punkter som anses viktiga. Vad gäller övriga frågor måste den upphandlande myndigheten ange vad som ger vilken poäng. Den upphandlande myndigheten har inte uppgett vilket uppräkningsstal som kommer att användas vilket medför en risk för att den upphandlande myndigheten i efterhand sätter ett uppräkningsstal för att styra upphandlingen till en favoriserad anbudslämnare. Även vad som följer under anbudsför-

frågan "Instruktörers/utbildares kompetens och erfarenhet" medför risk för godtycke och ett problem genom att den upphandlande myndigheten i princip kräver att anbudsgivare innan anbud redan har anställt all personal. Detta torde bryta mot likabehandlingsprincipen eftersom det bara är den befintliga leverantören som kan veta detta innan tilldelningsbeskedet. Det är den upphandlande myndighetens uppgift att sätta de krav som gäller och sedan får anbudslämnare anpassa sig till detta vid en eventuell tilldelning av upphandlingen. Vidare är utbildningen i upphandlingen märkt med fel CPV-kod vilket gör att konkurrensen kan försvagas väsentligt eftersom anbudslämnare ofta använder sökmotorer där resultatet inte blir korrekt om felaktig CPV-kod har angivits. Eftersom använd CPV-kod inte avser B-tjänster har upphandlingen dessutom gjorts enligt felaktigt upphandlingsförfarande.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande. I bl.a. Kammarrätten i Jönköpings dom den 4 februari 2009, mål 5-09 och Länsrätten i Östergötlands dom den 1 juli 2009, mål 1561-09 har det fastslagits att vid upphandling av produkter och tjänster där utvärderingen väsentligen måste vila på skönsmässiga bedömningar får den upphandlande myndighetens värdering godtas om det inte finns uppenbara skäl till annan bedömning. I aktuell upphandling är det av väsentlig betydelse för utbildningskvalitén hur leverantören avser genomföra utbildningen och vilken kompetens utbildningspersonalen har. Man ser ingen möjlighet att utvärdera detta på annat sätt än genom att bedöma anbudsgivarens redogörelse för hur man avser att gå till väga samt vilken kompetens och erfarenhet anbudsgivaren har. Man ser inte heller att det finns uppenbara skäl att utvärdera anbuden på annat sätt. Det torde inte vara någon svårighet för en anbudsgivare att avgöra vad som efterfrågas och vad som tillmäts betydelse. Utvärderingen kommer att utföras av en utvärderingsgrupp där även extern expertis kommer att ingå. Motiven till poängsättningen av anbuden på respektive kriterium kommer att dokumen-

teras och vara tillgänglig för granskning i efterhand. Den utvärdering man avser göra faller väl inom ramen för vad som kan godtas enligt gällande praxis och risk för godtycklig behandling av anbudsgivare på det sätt som bolaget hävdar föreligger inte. Man har svårt att förstå på vilket sätt bolaget har eller kan komma att lida skada, särskilt med tanke på att anbudsutvärderingen ännu inte ägt rum. Det stämmer att uträkningstalet inte är angivet i förfrågningsunderlaget. Om olika uträkningstal skulle användas vid utvärderingen skulle detta dock direkt upptäckas vid kontroll av utvärderingsunderlaget. I det informationsmeddelande som skickats ut den 29 mars 2010 anges gällande uppräkningsstal vilket medför att anbudsgivarna nu fått kännedom om detta. Eftersom utvärderingsresultatet kan kontrolleras och uppräkningsstalet nu är känt föreligger ingen risk för manipulation av utvärderingen. Vad gäller det utvärderingskriterium som följer under anbudsfrågan "Instruktörers/utbildares kompetens och erfarenhet" finns inget krav på att aktuell personal ska vara anställd hos anbudsgivaren varken vid anbudstillfället eller senare. Det finns inget som hindrar att anbudsgivaren exempelvis anlitar underleverantörer eller inhyrd personal. CV eller kompetenskravsbeskrivning ska dock avse aktuell personal. Detta utvärderingskriterium kan mot bakgrund härav inte anses strida mot likabehandlingsprincipen. Vad bolaget anfört om att felaktig CPV-kod skulle begränsa konkurrensen saknar relevans i detta sammanhang. Bolaget har uppenbarligen inte haft några svårigheter att ta del av anbudsfrågan och kan därför inte komma att lida skada på grund av kodningen. Enligt 15 kap. 2 § LOU gäller förenklat förfarande för upphandling av tjänster som anges i LOU bilaga 3 (B-tjänster). Undervisning och yrkesutbildning (kategori 24) finns angivna i bilaga 3. I anbudsfrågans inledande avsnitt beskrivs på ett tydligt sätt att upphandlingen avser utbildning på gymnasienivå ämnat för gymnasieelever. Detta framgår även tydligt av punkt 4 och 5 samt bilagor. Det torde inte råda något tvivel om att upphandlingen avser en B-tjänst, oavsett vilken CPV-kod som angivits och att upphandlingen skett enligt ett korrekt förfarande.

Förvaltningsrätten beslutade den 1 april 2010 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

Bolaget har utvecklat sin talan enligt följande. Utrymme för skönsmässig bedömning bör finnas när det behövs. Domen i Kammarrätten i Jönköping (5-09) handlar om arbetsprover och sådana måste naturligtvis granskas av människor för att kunna betygsättas. I det nu aktuella fallet handlar det om en utbildning med fastställd läroplan som bedrivits under många år och har upphandlats tidigare utan skönsmässig värdering. Detta innebär att den upphandlande enheten torde ha sådan erfarenhet att den bör veta vad den vill ha och borde därför kunna definiera detta i anbudsunderlaget. Exempel på frågor i underlaget är ”Beskriv hur undervisningen kommer att bedrivs”. Inom denna fråga ryms många svar, men risken finns att anbudsgivaren beskriver ”förhållanden som ej efterfrågas” och det bör vara den upphandlande enheten som beskriver vad den vill ha. Detta gör upphandlingen känslig för godtycke. När det gäller frågan om uppräkningsstal så är det viktigt att detta redovisas i anbudsunderlaget för att undvika spekulationer. Om detta tal inte redovisas skulle detta i efterhand kunna sättas så att det passar den upphandlande enhetens behov att särskilja anbud. Punkten 5.2 i anbudsunderlaget kan ifrågasättas bland annat därför att den upphandlande upphandlande enheten borde vara den som sätter kravet istället för att anbudsgivarna sätter kraven för varandra vilket blir följderna i detta fall. Första frågan under denna punkt är ”Formell utbildningsnivå inom det aktuella ämnesområdet” men samtidigt sägs i punkt 4.5 att ”Instruktörer/utbildare ska ha dokumenterad kunskap och erfarenhet i de moment man instruerar i”. Om det redan bekräftats att samtliga instruktörer/utbildare ska ha dokumenterad kunskap och erfarenhet i de moment de instruerar i och sedan ska detta presenteras i ett fritextsvar som ska betygsättas indikerar det att upphandlaren tänker upphandla med större krav än vad som behövs. Hela anbudsförfrågan får anses mycket otydlig och stor risk finns att två olika utvärderare har helt olika poängbedömning. Den felaktiga CPV-koden in-

nebar att bolaget fick vetskap om upphandlingen senare än andra och därför inte kunde slutföra dokumentationen innan anbudstidens utgång. De krav som ställs i upphandlingen står inte i rimlig proportion till den tjänst som ska upphandlas genom att det ställs ovidkommande frågor och att överkompetens poängsätts.

Kommunen har i yttrande anfört i huvudsak följande. LOU hindrar inte en upphandlande myndighet att dels i form av skall-krav ange minsta godtagbara kvalitetsnivå och dels i en utvärderingsfas ge pluspoäng till anbud som erbjuder högre kvalitet. Det är det som är syftet med utvärderingsprincipen "det ekonomiskt mest fördelaktiga" och det sätt som används för att utse vinnande anbud. Utvärderingskriterierna och utvärderingsmodellen uppfyller LOU:s krav och överprövningen bör därför avslås.

SKÄLEN FÖR BESLUTET

Av 16 kap. 2 § LOU följer 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Rätten får omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Rätten får dock låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska den upphandlande myndigheten 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.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Den upphandling som är föremål för överprövning är ännu inte avslutad och det finns därför ännu inget tilldelningsbeslut.

I målet har sammanfattningsvis gjorts gällande att förfrågningsunderlaget brister i transparens och tydlighet i fråga om vilka utvärderingskriterier som finns samt vad som ger poäng i utvärderingen. Vidare anges att en felaktig CPV-kod angetts vilket fått till följd att bolaget fått kännedom om upphandlingen i ett sent skede.

LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kommer till uttryck i 1 kap. 9 §. I de uppställda kraven får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat.

Felaktig CPV-kod

Det är ostridigt att en felaktigt CPV-kod angetts. Dock har inget framkommit som visar att bolaget på grund av detta lidit skada eftersom anbud lämnats. Den felaktigt angivna CPV-koden är därför i sig inte i sig något som medför att någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU åsidosatts.

Utvärderingskriterier

I förfrågningsunderlaget (avsnitt 5) finns en redogörelse för hur utvärderingen är tänkt att gå till och vilka kriterier som ställs upp. Det framgår att anbudsgivarna ska redogöra för sin hur undervisningen kommer att bedrivas (arbetsformer, teori, praktik, utvärdering, säkerhetsnivå m.m.). För-

valtningsrätten finner inte att förfrågningsunderlagets utformning i denna del strider mot reglerna i 1 kap 9 § LOU. Eftersom utvärdering ännu inte skett är det endast förfrågningsunderlagets innehåll i sig som kan bedömas. Förvaltningsrätten kan i detta skede inte pröva frågan om hur utvärderingen rent faktiskt gått till eftersom utvärdering ännu inte skett.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det inte är visat att utvärderingsmodell och utvärderingskriterier i förfrågningsunderlaget strider mot de krav som uppställs i LOU.

Förvaltningsrätten har tidigare beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas. Till följd av att ansökan nu avslås ska det interimistiska beslutet upphävas. Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 16 kap. 1 § tredje stycket LOU.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, Dv 3109/1C.


Anita Enocksson



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska 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. 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje 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 uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

