



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 2
Jenny Wood

DOM
2013-08-21
Meddelad i
Jönköping

FÖR KÄNNEDOM

Mål nr
910-13
Domare 2:2

Sida 1 (11)

SÖKANDE

Competens Utbildning Sverige AB, 556503-9871
Box 7023
121 07 Stockholm

Ombud: Advokaten Pontus Scherp och Jur.kand. Gabriel Zsiga
Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB
Box 5747
114 87 Stockholm

MOTPART

Jönköpings kommun
551 89 Jönköping

Ombud: Stadsjuristen Thomas Nordqvist
Jönköpings kommun
Stadskontoret
551 89 Jönköping

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2013-08-22	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Jönköpings kommun, i samarbete med Habo och Mullsjö kommuner (Kommunerna), genomför en upphandling benämnd "utbildning i svenska för invandrare och grundläggande vuxenutbildning 12/111" genom ett förenklat förfarande. Kommunerna har för avsikt att teckna avtal med två leverantörer och kommer att anta de anbud som bedöms vara de ekonomiskt mest fördelaktiga. Vid anbudsutvärderingen är förhållandet mellan pris och kvalitet 30/70. Genom tilldelningsbeslut har två andra leverantör än Competens Utbildning Sverige AB (Competens) antagits, såsom ekonomiskt mer fördelaktiga än Competens. Competens har ansökt om överprövning.

Dok.Id 106869

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

Av tilldelningsbeslutet framgår bl.a. följande. Inom föreskriven tid inkom anbud från tio leverantörer, varav nio ansågs kvalificerade. Vid anbudsutvärderingen har de anbud som erhöll högre sammanlagd poäng än Competens fått högre delpoäng inom kriteriet kvalitetsarbete, avseende underkriterierna verksamhetsutveckling samt i ett fall individualisering.

YRKANDEN M.M.

Competens yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Som grund för yrkandet anförs i huvudsak följande avseende upphandlingens konkurrensuppsökande fas. Den i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsmodellen är otydlig och resultatet av utvärderingen kan inte förutses eller kontrolleras. Därtill framgår det inte tydligt av förfrågningsunderlaget hur tilldelning av kontrakt enligt ramavtalet ska ske. Därutöver finns även brister i upphandlingens utvärderingsfas.

Förfrågningsunderlagets utformning

Förfrågningsunderlaget strider mot öppenhetsprincipen och står i strid med LOU och de unionsrättsliga principerna.

Viktning av utvärderingskriterierna

I avsnitt 3.3.1. i förfrågningsunderlaget anges att utvärderingskriterium och poängsättning redovisas i viktningssrapporten samt att förhållandet mellan pris och kvalitet är 30/70. Tydligheten av viktningsskriteriet pris ifrågasätts inte.

De poängtal som anges under vart och ett av underkriterierna för kvalitetsarbete avviker från de angivna procenttalen (avvikande tal markerade).

Procenttal	17,5	10,5	10,5	7	7	7	7	3,5
Poängtal	13,5	10,5	17,5	7	5	6	7	3,5

Avvikelserna medför att det inte är möjligt att beräkna vilka poäng som ska tilldelas anbuderna för varje underkriterium. Det går t.ex. inte att avgöra om maxpoängen för det första underkriteriet är 17,5 eller 13,5 poäng. Det kan inte heller förutsättas att det antingen ska vara procenttalen eller poängtalen som ska användas.

Det framgår inte heller av förfrågningsunderlaget att utvärderingsmodellen är relativ, så som Kommunerna anför i samband med överprövningen. Utformningen med angivande av poäng för vissa uppfyllda underkriterier ger snarare vid handen att utvärderingsmodellen skulle vara absolut.

Otydligheten i förfrågningsunderlaget innebär att det inte är möjligt att korrekt avgöra vilka anbudsgivare som givit de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuderna.

Om det framgått av förfrågningsunderlaget att kriterierna var relativa så kan det förutsättas att anbuderna hade utformats annorlunda, bl.a. på så sätt att anbudsgivarna sökt identifiera och ange metoder som konkurrenterna inte har, varvid Competens anbud kunde ha antagits. Competens riskerar därför att lida skada med anledning av brotten mot LOU.

Kriteriet unik/specifik kompetens

Vid utvärderingen av ett av underkriterierna för kvalitetsarbete (verksamhetsutveckling), avsnitt 4.2.1. i förfrågningsunderlaget, är ett av kriterierna för bedömningen att anbudsgivaren ska beskriva en unik/specifik kompetens för att bidra till vuxenutbildningens utveckling. Det är utifrån förfrågningsunderlaget inte möjligt att dra några slutsatser om vad som menas med en unik/specifik kompetens. Det framgår även av tilldelningsbeslutet att verksamhetsutvecklingskriteriet är av avgörande betydelse för utfallet av anbudsutvärderingen. Verksamhetsutvecklingskriteriet är exempelvis det enda utvärderingsområdet inom vilket en av de vinnande leverantörerna erhållit en högre delpoäng än Competens.

Förfrågningsunderlaget är otydligt. Hade förfrågningsunderlaget utformats på ett korrekt sätt hade anbuderna i upphandlingen kunnat utformas anordnande, varvid Competens anbud kunde ha antagits. Competens riskerar därför att lida skada med anledning av brotten mot LOU.

Grunder för tilldelning av kontrakt under ramavtalet

I avsnitt 1.1.13. i förfrågningsunderlaget anges hur Kommunerna avser att tilldela kontrakt genom avrop enligt det upphandlande ramavtalet. Avrop kommer att ske efter matchning av erbjuden kompetens mot behovet.

Kommunernas ambition är att initialt, första året, fördela uppdragets volym lika mellan leverantörerna. Inför andra och efterföljande avtalsår, kommer kvalitetsmätningar att vägas in i tilldelningen av kursdeltagare. Någon ytterligare information finns inte i förfrågningsunderlaget om hur kontrakt enligt ramavtalen ska tilldelas.

Fördelningsnyckel: I avsnitt 1.1.13. i förfrågningsunderlaget anges hur Kommunerna avser att tilldela kontrakt genom avrop enligt det upphandlande ramavtalet. Angivna tilldelningskriterier enligt det upphandlade ramavtalet saknar rangordning eller annan fördelningsnyckel och står därför i strid med LOU och de unionsrättsliga principerna (1 kap. 9 § LOU, 5 kap. 6 § LOU samt öppenhets- och likabehandlingsprincipen) då det saknas information om grunderna för avropen, vilket medför att leverantör som tilldelats ramavtal inte kan bedöma om denne kan komma att få leverera enligt ramavtalet. Villkoren för tilldelning av kontrakt är otydliga eller icke existerande och innebär att Kommunerna förbehållit sig fri prövningsrätt för tilldelning av kontrakten. Leverantörer har inga möjligheter att ta reda på vilka omständigheter som avropande myndigheter kommer att tillmäta betydelse vid tilldelningen och det går inte heller att kontrollera att tilldelningen har skett opartiskt.

Kvalitetsmätningar: Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att den lokala kvalitetspolicyn, med därtill hörande handlingar, ska ligga till grund

för de kvalitetsmätningar som presenteras i avsnitt 1.1.13. i förfrågningsunderlaget. Av förfrågningsunderlaget framgår inte heller hur tilldelning ska gå till efter en kvalitetsmätning. Exempelvis framgår det inte av förfrågningsunderlaget om den anbudsgivare som uppnår högst resultat i kvalitetsmätningarna tilldelas alla kontrakt eller om fördelningen ska ske på något annat sätt. Någon rangordning anges inte. Vidare anges i avsnitt 1.1.13. i förfrågningsunderlaget endast att kvalitetsmätningar ska vägas in i tilldelningen, men inte vilka andra kriterier som kommer att tillämpas eller vilken vikt mätningarna ska ha i förhållande till andra kriterier. Det framgår inte heller med vilka intervall kvalitetsmätningarna ska göras.

Kompetens: Kommunerna har först nu, under överprövningsprocessen, börjat redovisa vilka kriterier som Kommunerna menar kommer att beaktas vid tilldelning av avtal under ramavtalet, nämligen att en anbudsgivare har lärare som behärskar modersmålet eller modersmålen som en stor del av elevunderlaget gör.

Förfrågningsunderlaget står i strid med LOU samt principerna om öppenhet och likabehandling. Kompetens och andra anbudsgivares anbud kan förutsättas ha utformats annorlunda om avropsordningen hade framgått av förfrågningsunderlaget.

Kommunerna bestrider bifall till ansökan om överprövning. Upphandlingen har skett i enlighet med de unionsrättsliga principerna och bestämmelserna i LOU. Grund för ingripande, med stöd av LOU, föreligger därför inte.

Förfrågningsunderlagets utformning

Förfrågningsunderlaget är tydligt och upphandlingen strider inte mot LOU eller de unionsrättsliga principerna.

Viktning av utvärderingskriterierna

Viktningen mellan utvärderingskriterierna för kvalitetsarbete är tydligt beskriven i och med att varje anbudsgivare själv, utifrån förfrågningsunderlaget och viktningssrapporten, har kunnat räkna fram sin poäng/procent i de olika delarna. Detta genom att bedöma vad denne kunnat erbjuda avseende de olika utvärderingskriterierna. De skillnader som finns mellan nominellt antal poäng och procent avseende några av utvärderingskriterierna saknar betydelse för den mellan anbudsgivarna inbördes rangordningen vid utvärderingen och påverkar inte alls, eller endast marginellt, tydligheten/förutsägbarheten. Vidare är jämförelsetalet (poängen) inte absolut.

Grunder för tilldelning av kontrakt under ramavtalet

Fördelningsnyckel: Vilka faktorer som bedöms i kvalitetsmätningarna och hur bedömningen kommer att gå till framgår av de dokument som bifogats förfrågningsunderlaget. Det finns således en fördelningsnyckel, men det går – med tillämpning av fördelningsnyckeln – inte på förhand att säga vem som kommer att kunna påräkna tilldelning av elever eller hur stor tilldelningen kommer att bli. Tilldelningen styrs, förutom av utfallet av kvalitetsmätningarna, även av elevernas individuella förkunskaper och kompetenser.

Kvalitetsmätningar: Av avsnitt 1.1.13. i förfrågningsunderlaget följer att fr.o.m. år två kommer kvalitetsmätningar att vägas in i tilldelningen. Kvalitetsutvärderingen görs inte i vare sig kvalificerings eller utvärderingsfaserna utan först när anbudsgivaren tilldelats uppdraget. Däremot utgör det, enligt avsnitt 4.4.1. i förfrågningsunderlaget, ett ska-krav att anbudsgivaren ska åta sig att följa lokala riktlinjer för kvalitetsarbete. Av avsnitt 4.4.1. framgår att all vuxenutbildning ska bedrivas enligt de kvalitetskrav som finns i de nationella styrdokumenterna och den lokala kvalitetspolicyn, ”Kvalitetsarbetet inom vuxnas lärande i Jönköpings kommun”, som bifogats förfrågningsunderlaget. Fr.o.m. år två styrs tilldelningen även av resultatet av Kommunernas kvalitetsmätningar. I den lokala kvalitetspolicyn

(s. 18 f.) finns en mall med frågor som Kommunerna avsåg att ställa till leverantörerna. I samma dokument redovisas på sidorna tre och fyra de verktyg som ledningen för vuxenutbildningen valt att arbeta med för att ge en bild av kvalitén och måluppfyllelsen för verksamheten: muntlig uppföljning, nyckeltal, enkät och utbildningsanordnarens egenbedömning. I bilagan till kvalitetspolicyn finns även utvärderingsfrågor, enkäter och underlag för egenbedömning. Detta material fanns tillgängligt för anbudsgivarna redan inför avgivandet av anbud. Anbudsgivarna har således varit informerade om att tilldelning skulle ske grundat på bl.a. utfallet i kvalitetsmätningarna och hur dessa skulle genomföras.

Kompetens: Den matchning, som omnämns, sker inför år två, när vetskap om elevunderlagets storlek och behov föreligger. Det är således efterfrågad kompetens som kommer att styra vilken tilldelning som sker mellan de två olika leverantörerna. Den anbudsgivare som t.ex. har lärare som behärskar modersmålet eller modersmålen, som en stor del av elevunderlaget har, får – allt annat lika – en fördel över en anbudsgivare som har lärare med modersmålskompetens i språk som inga eller endast ett fåtal av eleverna har som modersmål. Detta eftersom denna anbudsgivare bättre kan tillgodose elevernas och därmed Kommunernas behov av kompetens.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

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 5 kap. 6 § LOU anges bl.a. följande. Om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 § får tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att

lämna anbud. Kontrakt ska tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet.

I 15 kap. 16 § LOU anges bl.a. följande. En upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som har lägst pris. Bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska göras enligt 12 kap. 1 § andra stycket. Den upphandlande myndigheten ska antingen ange hur de olika kriterierna som avses i 12 kap. 1 § andra stycket viktas vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller ange kriterierna i fallande prioritetsordning. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Kriterieviktningen eller prioritetsordningen ska anges i annonsen om upphandling, i ansökningsinbjudan eller i förfrågningsunderlaget.

I 16 kap. 4 § LOU anges bl.a. följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kunna komma att lida skada får en allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår bl.a. följande. 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.

Rättsfall

Av EU-domstolens dom den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, SIAC, framgår bl.a. följande. Principen om likabehandling innefattar en skyldighet att möjliggöra insyn, så att man kan kontrollera att den iakttas. Detta innebär i synnerhet att tilldelningskriterierna ska vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller meddelandet om upphandling, på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriteri-

erna på samma sätt. Denna skyldighet att möjliggöra insyn innebär även att den upphandlande myndigheten ska tolka tilldelningskriterierna på samma sätt under hela förfarandet. Slutligen ska tilldelningskriterierna, vid prövning av anbudet, tillämpas enhetligt och objektivt på samtliga anbudsgivare.

Av rättsfallet RÅ 2002 ref 50 framgår bl.a. följande. 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. Detta måste anses vara tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i underlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

Utredningen i målet

I viktighetsrapporten samt i avsnitt 4.2.1. i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande angående utvärderingen av ett av de åtta underkriterierna för kvalitetsarbete; verksamhetsutvecklingskriteriet.

Utifrån vår text om innehåll och genomförande vill köparen att ni beskriver ert arbete med att individualisera deltagarens läroprocess samt er organisations specifika kompetenser för att kunna bidra till utveckling av vuxenutbildningen i kommunen. Svaret på er organisations specifika kompetenser måste innehålla tre delmoment;

1. Hur kan ni bidra till att korta individens lärotid?
2. Hur använder ni den digitala tekniken i andraspråksinläringen?
3. Hur har ni för avsikt att integrera deltagarens långsiktiga mål inom ramen för skolformens konkreta mål?
4. Beskriv er organisations unika/specifika kompetens som gör att ni kan bidra till att utveckla vuxenutbildningen i Jönköping.

10,5 procent

100 procent 17,5 Poäng = Anbudsgivaren svarar konkret och tydligt på de tre frågeställningar som ställs. Beskriver dessutom en unik/specifik kompetens för att bidra till vuxenutvecklingens utveckling. Tydlig koppling till uppdragets innehåll och genomförande.

67 procent 11,7 Poäng = Anbudsgivaren svarar tydligt på de tre frågeställningar som ställs. Beskriver en unik/specifik kompetens för att bidra till vuxenutbildningens utveckling. Brister i koppling till uppdragets innehåll och genomförande.

33 procent 5,8 Poäng = Anbudsgivaren har på ett otydligt sätt besvarat de tre ställda frågorna. Otydlig unik/specifik kompetens och koppling till uppdragets innehåll och genomförande.

0 procent 0 Poäng = Anbudsgivaren har inte besvarat de tre frågor som ställs på ett sådant sätt att köparen ser en koppling till uppdragets innehåll och genomförande.

Av avsnitt 1.1.13 i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

Avrop kommer att ske efter matchning av erbjuden kompetens mot behovet. Köparens ambition är att initialt, första året, fördela uppdragets volym lika mellan anordnarna. Inför andra och efterföljande avtalsår, kommer kvalitetsmätningar att vägas in i tilldelningen av kursdeltagare.

Förvaltningsrättens bedömning

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

Competens har gjort gällande att förfrågningsunderlaget är bristfälligt utformat såvitt avser ett av underkriterierna för kvalitetsarbete, nämligen det s.k. verksamhetsutvecklingskriteriet. Utvärderingskriterierna ska vara utformade på så vis att anbudsgivarna kan tolka kriterierna på samma sätt. Formuleringen unik/specifik kompetens, bedöms på grundval av vad som anges i förfrågningsunderlaget, viktningssrapporten och vad som i övrigt framkommit, inte vara någonting objektivt mätbart. Utifrån aktuell skrivning kan leverantörerna inte antas förstå vad den upphandlande myndigheten avser för egenskap. Såvitt framkommit har poängsättningen avseende verksamhetsutvecklingskriteriet kunnat påverka utgången av upphandlingen. Kravet är således utformat i strid med LOU.

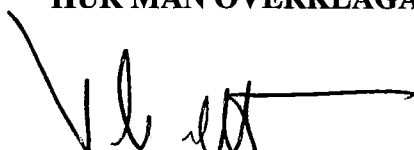
Vidare framgår det, såvitt framkommit, inte tydligt om poängtal eller procenttal ska användas vid utvärderingen. Det framgår inte heller tydligt av förfrågningsunderlaget eller övriga handlingar att anbuden jämförs med varandra istället för gentemot en fast skala. Förfrågningsunderlagets utvär-

deringsmodell får, mot bakgrund av vad som angetts ovan, anses som otydlig.

Kravet på likabehandling innebär bl.a. att tilldelningskriterierna enligt ett ramavtal inte får ge den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet och kravet på öppenhet får anses innebära att en leverantör som tar del av förfrågningsunderlaget ska få klart för sig hur tilldelningen av kontraktet enligt ramavtalet ska ske. Av förfrågningsunderlaget framgår att fr.o.m. andra året sker fördelningen av kursdeltagare genom en matchning av erbjuden kompetens mot behovet samt att kvalitetsmätningar ska vägas in i tilldelningen. Det framgår dock inte vilken vikt resultatet av kvalitetsmätningarna ska ha i förhållande till kompetensen och vad som avses med kompetens, i aktuellt avseende, definieras inte närmare i förfrågningsunderlaget. Kravet på likabehandling och öppenhet kan inte anses uppfyllt då en leverantör, med förfrågningsunderlaget som utgångspunkt, inte kan förutsäga hur tilldelning av kontrakt enligt ramavtalet ska ske.

Kommunerna har utformat förfrågningsunderlaget i strid med LOU. Detta kan ha påverkat Competens möjligheter att utforma ett konkurrenskraftigt anbud och därmed, i förlängningen, resultatet av anbudsprövningen. Competens har därför lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening. Då felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande fas kan någon mindre ingripande åtgärd än beslut om att upphandlingen ska göras om inte komma ifråga. Vid denna bedömning saknas det skäl för förvaltningsrätten att pröva de av Competens anförda omständigheterna som berör upphandlingens utvärderingsfas.

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


Thorbjörn Lindvall

