



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2017-05-29
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 219-17

SÖKANDE

Hermods Aktiebolag, 556044-0017
 Luntmakargatan 34
 111 37 Stockholm

Ombud: advokaten Pontus Scherp och juristen Catarina Rivero Lira
 Norburg & Scherp Advokatbyrå
 Birger Jarlsgatan 15
 111 45 Stockholm

MOTPART

Landskrona stad
 Stadshuset
 261 80 Landskrona

KONKURRENSVERKET	
2017 -05- 29	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Landskrona stads upphandling Distansutbildning inom grundläggande vuxenutbildning och gymnasiala kurser, dnr 2016/2103, ska göras om.

Dok.Id 369251

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se
 www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag-fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Landskrona stad genomför upphandling av Distansutbildning inom grundläggande vuxenutbildning och gymnasiala kurser, dnr 2016/2103. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU.

Efter utvärdering av inkomna anbud beslutade Landskrona stad att anta anbudet från Miroi I-Learning AB.

YRKANDE M.M.

Hermods Aktiebolag (Hermods AB) yrkar att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande. Förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen är ofullständiga och otydliga. Kvalitetskriterierna 4 och 5, avseende Administration respektive Uppföljningar, uppfyller inte kraven på transparens och likabehandling. Förfrågningsunderlaget innehåller ingen information om vad Landskrona stad tillmäter betydelse vid utvärderingen, vad Landskrona stad anser påverka bedömningen av betygen ”godkänd”, ”bra” och ”mycket bra”. Landskrona stad har under förfarandet ombetts förtydliga vad som krävdes för de olika betygen. Svaret var då att bedömningen av betygen ”bra” respektive ”mycket bra” är subjektiv utifrån anbudsgivarens beskrivning avseende a) administration och b) uppföljningar. Eftersom det inte framgår vad Landskrona stad värdesätter eller förväntar sig, ges över huvud taget ingen ledning för utvärderingen. Det har således varit omöjligt för Hermods AB att utifrån förfrågningsunderlaget utläsa vad som kan medföra ett mervärde vid utvärderingen av respektive kriterium. Landskrona stad borde ha lämnat någon anvisning om vad som efterfrågades för att erhålla betygen bra respektive mycket bra. Landskrona stad har inte gjort det, trots att det uppenbart varit möjligt. Det är upp till den upphandlande myndigheten att i förfrågningsunderlaget bestämma de mervärden som krävs för att utbildningen ska vara av den kvalitet som myndigheten efter-

frågar. Om förfrågningsunderlaget sett annorlunda ut kunde Hermods AB ha utformat sitt anbud på ett annat sätt och då haft möjlighet att tilldelas kontraktet. Hermods AB har därmed lidit eller riskerat att lida skada.

Landskrona stad bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. I och med beskrivningarna i förfrågningsunderlagets punkt 4.2 och 4.7 har anbudsgivarna haft vetskap om vad som kommer att utvärderas, nämligen anbudsgivarens administrativa rutiner för hantering av nationella prov och rutiner för uppföljning av individuella studieplaner. Stadens bedömning av kvalitetskriterierna för administration och uppföljning har i viss mån bedömts subjektivt vid utvärderingen. För att begränsa de subjektiva inslagen har företagsnamnen i beskrivningarna ersatts av fiktiva leverantörsnamn av en oberoende person som inte deltog i utvärderingen innan beskrivningarna skickades till utvärderingsgruppen. Ett annat syfte med att ersätta företagsnamnen var att bedöma anbudsgivarna objektivt och lika. Utvärderingsgruppen baserade sin bedömning endast på anbudsgivarnas beskrivningar med hänsyn till vad som efterfrågas i 4.2 och 4.7 i förfrågningsunderlaget. När det inte är fråga om en specificerad och jämförbar produkt måste det finnas utrymme för upphandlande myndighet att använda en mer öppen kravställning och utvärderingsmodell. Bedömningen har baserats på dessa beskrivningars helhet och att innehållet är tydligt, det finns därmed inga särskilda krav för att erhålla betygen ”bra” eller ”mycket bra”. Staden kan inte i förväg bestämma särskilda kriterier för utformningen av anbudsgivarnas rutiner. Varje anbudsgivare ska beskriva förtjänsterna med sina arbetsrutiner, processer och metoder i sina beskrivningar avseende administration av nationella prov och uppföljningar av individuella studieplaner. Anbudsgivarna har haft att utgå ifrån de specifika komponenterna i branschen, dvs. Skolverkets föreskrifter och dokument.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I målet är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig, se p. 4 i övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet 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.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om nu aktuellt förfrågningsunderlag och utvärderingsmodell avseende kvalitetskriterierna administration respektive uppföljningar strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Av förfrågningsunderlaget framgår att kontrakt i upphandlingen ska tilldelas den leverantör som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vid utvärderingen får anbudsgivare som uppfyller ett börkrav (kvalitetskriterie) ett teoretiskt avdrag på sitt anbudspris. Den anbudsgivare som efter utvärdering av samtliga börkrav har lägst utvärderingspris tilldelas upphandlingen.

Under punkten 4.2 Administration anges följande.

Anbudsgivaren ska dokumentera betyg och resultat av Nationella Prov (NP) i skolans databas och lämna in signerade betygskataloger samt NP prov till skolans administratör. Anbudsgivaren ska bifoga en beskrivning över sina administrativa rutiner vilket kommer att utvärderas se 5.5.

Under punkten 4.7 Uppföljningar anges följande.

Anbudsgivaren ska regelbundet, varje vecka, initiera uppföljningar av de individuella studieplanerna med Vuxenutbildningens representant. Inom respektive utbildning ska anordnaren regelbundet göra skriftliga utvärderingar med samtliga studerande, såväl under utbildningens gång som efter avslutad kurs. Anbudsgivaren ska till anbudet bifoga en beskrivning av hur uppföljningen av de individuella studieplanerna kommer att ske vilket kommer att utvärderas se 5.5. Under utbildningens gång ansvarar anbudsgivaren för all kommunikation med elever som inte håller studietakt enligt ISP. Anbudsgivaren ska skriftligt meddela beställaren omgående om en elev avbryter sina studier.

Under punkterna 5.5 och 5.6 anges kvalitetskriterium för anbudsgivarens rutiner för administration respektive uppföljningar. Det anges att rutinerna utvärderas enligt en skala med svarsalternativ "godkänd", "bra" respektive "mycket bra" där "godkänd" resulterar i 0 kr avdrag, "bra" ger 100 000 kr avdrag och "mycket bra" ger 200 000 kr avdrag. På fråga från anbudsgivare om vilka krav som ställs för att få respektive betyg har Landskrona stad i publikt svar angett följande.

För att få "godkänd" krävs att kraven i 4.2 Administration och kraven i 4.7 Uppföljningar uppfylls. Bedömningen av vad som är Bra eller Mycket bra är subjektiv utifrån den beskrivning som anbudsgivaren lämnar avseende a) Administration och b) Uppföljningar. Således finns inga särskilda krav för att få bra eller mycket bra.

Förvaltningsrätten anser att utvärdering av andra kriterier än pris, t.ex. kvalitet, alltid innebär ett visst mått av subjektivitet. Eftersom det är fråga om en

upphandling av utbildningstjänster måste Landskrona stad kunna använda sig av en relativt öppen kravställning och utvärderingsmodell.

Enligt rättspraxis ska ett förfrågningsunderlag vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Detta följer bl.a. av EU-rättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens (se RÅ 2002 ref. 50).

Enligt förvaltningsrätten framgår det tydligt av förfrågningsunderlaget att en anbudsgivare ska uppfylla de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlagets avsnitt 4.2 och 4.7 för att erhålla betyget ”godkänd” avseende utvärderingskriterierna Administration och Uppföljning. Även om det framgår att ett uppfyllande av dessa krav ger ett godkänt betyg ger detta emellertid ingen ledning för vad Landskrona stad tillmäter betydelse för ett erhålla betygen ”bra” och ”mycket bra”. Inte heller förtydligas detta genom det publika svar Landskrona stad avgett.

Landskrona stad har i förvaltningsrätten uppgett att det är upp till varje anbudsgivare att beskriva förtjänsterna med sina arbetsrutiner, processer och metoder i sina beskrivningar avseende administration och uppföljningar samt att det är helheten och tydligheten i svaren som bedöms. Detta kan dock inte utläsas av förfrågningsunderlaget. Inte heller i övrigt framgår av förfrågningsunderlaget hur anbuderna ska bedömas och vilka faktorer som tillmäts betydelse vid utvärderingen såvitt avser bestämmande av betygen ”bra” och ”mycket bra”. En anbudsgivare kan därmed inte utifrån vad som anges i förfrågningsunderlaget avgöra på vilket sätt ett anbud ska utformas för att betygsättas på ett sådant sätt som ger prisavdrag.

Enligt förvaltningsrätten öppnar utformningen av de aktuella kriterierna i utvärderingsmodellen för en alltför godtycklig bedömning som inte kunnat förutses av anbudsgivarna. Upphandlingen uppfyller därmed inte de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU om likabehandling och transparens i denna del. Att anbuden varit anonymiserade vid bedömningen kan inte kompensera för att förfrågningsunderlaget brister på så sätt att anbudsgivarna inte kunnat utläsa av förfrågningsunderlaget vad som tillmätts betydelse vid bedömningen.

Till följd av bristerna i förfrågningsunderlaget har Hermods AB inte kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud, vilket medfört att bolaget lidit eller riskerat att lida skada. Då bristerna hänför sig till förfrågningsunderlaget har det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen påverkats. Det är därför inte tillräckligt med rättelse, utan upphandlingen ska göras om.

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

Louise af Klint

Susanne Axelsson har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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.