



SÖKANDE

Lernia Utbildning AB, 556467-3381
Box 1181
111 91 Stockholm

Ombud: Bolagsjurist Lars Paulsson
Lernia AB
Box 141
101 22 Stockholm

MOTPARTER

1. Habo kommun
Box 212
566 24 Habo

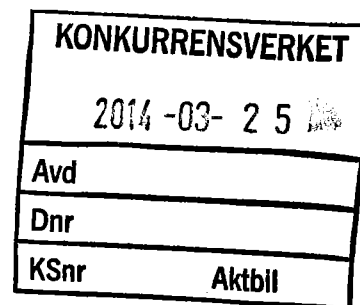
2. Jönköpings kommun
Rådhuset
551 89 Jönköping

3. Mullsjö kommun
Järnvägsgatan 27-29
Box 800
565 18 Mullsjö

Ombud för 1–3: Stadsjurist Thomas Nordqvist och biträdande jurist
Cigdem Günes
Jönköpings kommun
Stadskontoret
551 89 Jönköping

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår begäran om överprövning i den del den avser
Vård- och omsorgsprogrammet och Barn- och fritidsprogrammet.

Dok.Id 125525

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
08:30-16:00

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om i den del den avser Restaurang- och livsmedelsprogrammet och Hotell- och turismprogrammet.

BAKGRUND

Jönköpings, Mullsjö och Habo kommuner (kommunerna) genomför en upphandling av gymnasial vuxenutbildning *Gymnasial vuxenutbildning 13/67*. Upphandlingen genomförs med ett förenklat förfarande enligt LOU. Lernia Utbildning AB (bolaget) begär överprövning av den del av upphandlingen som avser Vård- och omsorgsprogrammet, Barn- och fritidsprogrammet, Restaurang- och livsmedelsprogrammet samt Hotell- och turismprogrammet. Förvaltningsrätten har i domar denna dag även behandlat begäran om överprövning av andra delar av upphandlingen, se målnummer 5393-13 (Högskoleförberedande programmet), 5395-13 (Industri-tekniska programmet) och 5396-13 (Vård- och omsorgsprogrammet och Barn- och fritidsprogrammet).

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar, avseende delområde B-1 Vård- och omsorgsprogrammet och Barn- och fritidsprogrammet, i första hand att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har skett på så sätt att anbuden ska särskiljas genom den utvärderingsmetod som har föreskrivits i förfrågningsunderlaget. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen i denna del ska göras om.

Bolaget yrkar, avseende delområde B-3 Restaurang- och livsmedelsprogrammet och Hotell- och turismprogrammet, i första hand att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har

gjorts på så sätt att bolagets anbud ska kvalificeras och utvärderas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen i denna del ska göras om.

Kommunerna motsätter sig bolagets samtliga yrkanden.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Bolaget

Vård- och omsorgsprogrammet och Barn- och fritidsprogrammet

Kommunernas utvärdering har resulterat i att tre anbud har fått samma poäng. Kommunerna har då valt ut det vinnande anbudet genom ett lottningsförfarande. I förfrågningsunderlaget har inte förutskickats att lottning kunnat komma att användas. I nu aktuellt fall är tilldelningskriteriet inte lägsta pris utan ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. Anbuderna är inte heller lika (jfr. RÅ 2009 ref. 60 och Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6215-11).

En upphandlande myndighet måste ställa krav som möjliggör en rationell jämförelse mellan olika anbud och som leder till att ett anbud, det för myndighetens bästa, ensamt kan antas när utvärderingen är klar. Om myndigheten inte klarar en sådan kravställning bör upphandlingen normalt sett göras om. Om kommunerna med stöd av den valda utvärderingsmodellen inte förmår särskilja anbuderna är modellen inte ägnad att få fram det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Modellen är därmed så bristfällig att den inte uppfyller principen om transparens. Lottning hade kunnat undvikas om kommunerna gjort en mer noggrann utvärdering eller om tilldelningskriterierna hade utformats på ett mer adekvat sätt.

Lottningsförfarande vid tillämpningen av tilldelningsgrunden ekonomiskt mest fördelaktiga anbud står i direkt strid mot såväl direktiv som lagtext. Kriterierna ska vara kopplade till föremålet för kontraktet.

De anbud som deltog i lottningen har väldigt olika innehåll och det finns ett stort utrymme för särskiljning. De kommentarer som gjorts under rubriken "Upphandlarens kommentar" är kortfattade och vaga. Detta talar inte för att någon särskilt ingående prövning har skett.

Restaurang- och livsmedelsprogrammet och Hotell- och turismprogrammet

Kommunerna har förkastat bolagets anbud utan att ange någon förklaring i de beslutsdokument som bolaget har fått. I ett upphandlingsprotokoll anges endast att bolaget "uppfyller inte kravet på godkänd utbildningslokal". Kvalificeringen har därmed skett på ett sätt som strider mot transparensprincipen. Det är omöjligt att förstå vilka faktiska omständigheter som har lett till att bolagets anbud har förkastats. Kvalificeringen har varit godtycklig och bolaget har inte haft möjlighet att förutse vad som skulle komma att tillmätas betydelse vid kvalificeringsprövningen.

I förfrågningsunderlaget punkt 7.6.1 anges:

"Säljaren ansvarar för att tillhandahålla lokaler för verksamheten. Lokalerna ska ligga i Jönköpings kommun och kunna nås med allmänna kommunikationsmedel och färdtjänstfordon. Gångavstånd till utbildningslokal från busshållplats/tågstation får inte överstiga 20 minuter.

Säljaren ansvarar för att utbildningen bedrivs i lokaler som är anpassade för personer med funktionshinder. Utbildningslokaler ska vara väl anpassade och utrustade för den utbildning som ska bedrivas och det skall finnas tillgång till den moderna utrustning som behövs för att utbildningen ska kunna genomföras med god kvalitet. Datorutrustning ska finnas i tillräck-

lig omfattning med anpassade program och goda kommunikationsförbindelser till Internet.

Lokal/lokaler för självstudier ska finnas med utrustning och en miljö som uppmuntrar och motiverar till studier.

Säljaren ansvarar för att det i anslutning till utbildningslokalerna finns gemensamhetsutrymmen, inklusive möjligheter att värma och äta medhavd mat.”

De lokaler som bolaget erbjuder uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget redovisade krav. Bolaget har bedrivit motsvarande utbildning åt kommunerna under perioden den 1 juli 2009–31 december 2012 i samma lokaler som nu erbjuds.

Köket i fråga är ett s.k. metodkök. Bolaget gör dock gällande att den erbjudna lokalen med det där befintliga metodköket uppfyller de krav som faktiskt ställts i förfrågningsunderlaget. I annat fall är förfrågningsunderlaget bristfälligt.

Ett produktionskök är ett kök där man producerar och säljer mat. Ett metodkök är ett kök uppbyggt för lärande där man inte säljer mat. Bolaget bedriver liknande utbildningar, bl.a. för Arbetsförmedlingen och använder sig av metodkök där eleverna får lära sig grunderna med lärarledd undervisning. Elever som studerar gymnasiala kurser inom restaurang och livsmedel genomför Arbetsplatsförlagt lärande (APL) och får öva och fördjupa sina kunskaper bl.a. på olika restauranger och storkök. Väl beprövad erfarenhet visar att utbildning med den utrustning som finns i ett metodkök av det aktuella slaget mer än väl är förenligt med upphandlade myndighets krav på utbildning av hög kvalitet för de studerande.

Det sägs inte något i förfrågningsunderlaget om vad för slags kök det ska vara i undervisningen eller vilka slags spisar det ska vara. Inte heller anges att lokalen ska vara utrustad för att klara av utbildning i ”produktionsliknande miljö”. Kommunerna har efter tämligen fritt skön lagt till krav i efterhand vid kvalificeringen. Förfrågningsunderlaget har inte varit så klart och tydligt som förutsätts enligt LOU. Det måste förutsättas att leverantörernas möjlighet att utforma sina anbud skulle ha varit andra än vad som nu varit fallet om vetskap kunnat erhållas från förfrågningsunderlaget om hur utvärderingen skulle gå till och att de av kommunerna nämnda omständigheterna utgjorde krav.

För det fall domstolen anser att dessa krav kan utläsas ur förfrågningsunderlaget är kraven utan relevant grund och därför oproportionerligt höga.

Kommunerna

Vård- och omsorgsprogrammet och Barn- och fritidsprogrammet

Vid utvärderingen erhöll tre anbud samma poäng. Det har inte klart uttalats i förfrågningsunderlaget att lottning skulle användas för att särskilja anbudet vid samma poäng. Detta krävs dock inte för att lottning ska få användas. Lottning är ett tillåtet sätt att tilldela avtalet bland de anbudsgivare som har fått samma poäng (se RÅ 2009 ref. 60). Lottningen vidtogs som åtgärd då berörda leverantörer fått samma poäng vid utvärdering av både pris och erfarenhet.

Restaurang- och livsmedelsprogrammet och Hotell- och turismprogrammet

Av förfrågningsunderlaget punkt 3.2.1 framgår följande:

Utvärderingen av inkomna och kvalificerade anbud sker i följande steg:

-Rättelse och nollställning.

*-Vid utvärdering av anbudet sker kontroll av samtliga uppgifter endast hos de anbudsgivare som efter sammanställning bedöms ha möjlighet att er-
hålla upphandlingskontrakt.*

*-Prövning av anbudet efter eventuell muntlig redovisning, demonstrationer
och vid behov inspektioner.*

Av förfrågningsunderlaget p. 7.6.1 framgår följande:

*Säljaren ansvarar för att tillhandahålla lokaler för verksamhet-
en... Utbildningslokaler ska vara väl anpassade och utrustade för den ut-
bildning som ska bedrivas och det skall finnas tillgång till den moderna
utrustning som behövs för att utbildningen ska kunna genomföras med god
kvalitet.*

Företrädare för kommunerna har inspekterat de lokaler som bolaget avsåg
att använda. Inspektionen visade att köket inte uppfyllde nödvändiga krav.
Offererad lokal var endast ett "metodkök" med exempelvis vanliga hus-
hållsspisar. Lokalen var därmed inte utrustad för att klara av utbildning i
produktionsliknande miljö.

Det stämmer inte att bolaget tidigare har bedrivit motsvarande utbildning i
nu aktuella lokaler. Det rörde sig om en annan typ av utbildning.

Inga anbudsgivare har haft några frågor kring formuleringen i punkt 7.6.1.
Uppdraget omfattar 125 årsstudieplatser. Den utbildning som ska erbjudas
avser yrkesmässig hantering och tillagning av mat och de tänkta arbetsplat-
sorna för eleverna är restauranger, storkök och liknande. Det är mot den
bakgrunden uppenbart för varje anbudsgivare att en offererad utbildnings-
lokal som enbart är utrustad med två stycken vanliga hushållsspisar inte
uppfyller kravet så som detta är specificerat i punkt 7.6.1.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och på talan av en leverantör, som har lidit skada eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

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.

Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning i mål om överprövning av offentliga upphandlingar utgör en kontroll av om det på grundval av vad som framförts av sökanden i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sö-

kanden kan visa att han eller hon har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot LOU. En upphandlande myndighet är fri att välja vilka kriterier som ska ingå i anbudsvärderingen under förutsättning att dessa inte strider mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna som bär upp lagen. Förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen.

I mål om offentlig upphandling gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2009 ref. 69).

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 (se RÅ 2002 ref. 50). Ett förfrågningsunderlag måste emellertid ha en konstruktion som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att jämföra inkomna anbud. Detta innebär långtgående krav på tydlighet i förfrågningsunderlaget och särskilt beträffande de utvärderingsprinciper man avser att tillämpa.

Vid bedömning av vilken rättsföljd som är lämpligast i ett visst fall har rätten att ta ställning till vilket skede av upphandlingen som den eller de konstaterade överträdelserna har påverkat. Rör det sig exempelvis om brister som hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet, till exempel brister i förfrågningsunderlaget, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om. Om det istället rör sig om överträdelser i kvalificeringsfasen eller till-

delningsfasen, då anbud eller anbudsansökningar redan har lämnats, kan dessa i många fall avhjälpas genom rättelse. En första förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att det fel som förekommit inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. När det är fråga om överträdelser i både det konkurrensuppsökande skedet och i senare stadier av upphandlingen bör det endast blir aktuellt med ett beslut om att upphandlingen ska göras om.

Vård- och omsorgsprogrammet och Barn- och fritidsprogrammet

Frågan är om kommunernas metod för att särskilja anbuderna strider mot de grundläggande bestämmelserna enligt LOU.

Bolaget har yrkat att upphandlingen ska göras om på grund av brister i utvärderingsmodellen och har bland annat anfört att en upphandlande myndighet måste ställa krav som möjliggör en rationell jämförelse mellan olika anbud som också leder till att ett ensamt anbud kan antas när utvärderingen är klar. Utvärderingen har slutat med att lotten fått upphandlingens absolut största roll. Eftersom flera anbudsgivare hamnat på samma jämförelsepöäng har det inte varit möjligt att applicera tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Modellen är därför så bristfällig att den inte uppfyller principen om transparens. Lottningsförfarandet vid tillämpningen av tilldelningsgrunden ekonomiskt mest fördelaktiga anbud står enligt bolaget i direkt strid mot såväl direktiv som lagtext.

Det finns inte någon reglering som särskilt tar sikte på hur en upphandling ska avgöras när mer än ett anbud efter utvärdering har samma poängtal. De grundläggande principer som uttrycks i 1 kap. 9 § LOU måste emellertid följas. Vid genomförande av ett upphandlingsförfarande gäller att den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget dels ska redovisa de krav som ställs på anbudsgivarna och anbuderna, dels redogöra för hur utvärde-

ringen av anbuderna ska gå till. I det allmänna kravet på transparens ligger att anbudsgivarna ska kunna utforma sina anbud på ett sådant sätt att det är så konkurrenskraftigt som möjligt utifrån de i förfrågningsunderlaget givna förutsättningarna. Anbudsgivaren ska också kunna räkna med att den upphandlande myndigheten vid utvärderingen följer det redovisade tillvägagångssättet. Om anbud inte kan skiljas åt har det i praxis ansetts tillåtet att skilja dem åt genom lottning eftersom metoden anses vara ett allmänt vedertaget förfarande för att utan olikbehandling avgöra utgången när lika fall står mot varandra. Detta gäller även i de fall där det inte uttryckligen redovisats i förfrågningsunderlaget att lottning skulle komma att göras om övriga angivna urvalsmekanismer inte gett avsett resultat (RÅ 2009 ref. 60). Förvaltningsrätten finner ingen anledning att detta synsätt inte skulle kunna tillämpas i ett fall som detta, där tilldelningskriteriet är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Det är mot denna bakgrund inte visat att utvärderingsmodellen inte varit ägnad att utse det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det finns därmed inte skäl för ett ingripande enligt LOU.

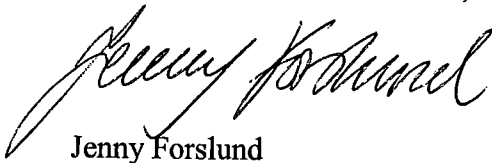
Restaurang- och livsmedelsprogrammet och Hotell- och turismprogrammet

I förfrågningsunderlaget har kommunerna formulerat ett ska-krav där det bl.a. anges att utbildningslokaler ska vara väl anpassade och utrustade för den utbildning som ska bedrivas och att det ska finnas tillgång till den moderna utrustning som behövs för att utbildningen ska kunna genomföras med god kvalitet. Någon närmare specifikation har inte lämnats. Av ordalydelsen i förfrågningsunderlaget går det inte att utläsa något krav på att köket ska vara utformat som ett s.k. produktionskök eller klara av utbildning i produktionsliknande miljö. Kommunerna har i förfrågningsunderlaget inte gett en tydlig bild av kravets egentliga innebörd. Förvaltningsrätten konstaterar med beaktande av det ovan sagda att det finns en avgörande

brist i förfrågningsunderlaget och att förfrågningsunderlaget därför är utformat i strid med LOU. Bristen har enligt förvaltningsrättens mening påverkat resultatet av anbudsprövningen. Bolaget bedöms därför ha lidit eller i vart fall kunnat komma att lida skada. Eftersom bristen är hänförlig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede kan någon mindre ingripande åtgärd än beslut om att upphandlingen ska göras om inte komma ifråga.

Sammanfattningsvis konstaterar förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om i den del som avser Restaurang- och livsmedelsprogrammet och Hotell- och turismprogrammet. Bolagets begäran om överprövning gällande Vård- och omsorgsprogrammet och Barn- och fritidsprogrammet ska avslås. Förvaltningsrätten har dock i dom denna dag i mål nr 5396-13 förordnat att upphandlingen ska göras om även i denna del eftersom det har funnits brister på andra grunder än de som bolaget framfört i detta mål.

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



Jenny Forslund