

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ****DOM**
2015-10-08
Meddelad i
VäxjöMål nr
1837-15**SÖKANDE**Miroi AB, 556535-2688
Sveavägen 168
113 46 Stockholm**MOTPART**1. Alvesta kommun
342 80 Alvesta2. Kalmar kommun
Box 611
391 26 Kalmar3. Lessebo kommun
Box 13
360 50 Lessebo4. Ljungby kommun
341 83 Ljungby5. Mörbylånga kommun
386 80 Mörbylånga6. Tingsryd kommun
Torsgatan 10-12
362 30 Tingsryd7. Torsås kommun
Box 503
385 25 Torsås8. Uppvidinge kommun
Box 59
360 70 Åseda9. Växjö kommun
Box 1222
351 12 VäxjöOmbud för 1–9: David Braic
Växjö kommun
Box 1222
351 12 Växjö

Dok.Id 120062

Postadress
Box 42
351 03 Växjö**Besöksadress**
Kungsgatan 8**Telefon**
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se**Telefax**
0470-255 02**Expeditionstid**
måndag – fredag
08:00-16:00

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutat att upphandlingen av utbildning för vuxna i form av gymnasiekurser i distansform (U-15-07) ska göras om.

YRKANDEN M.M.

Växjö kommun, Alvesta kommun, Lessebo kommun, Ljungby kommun, Tingsryds kommun, Uppvidinge kommun, Kalmar kommun, Mörbylånga kommun och Torsås kommun (kommunerna) genomför en samordnad upphandling av utbildning för vuxna i form av gymnasiekurser i distansform (U-15-07). Upphandlingen genomförs genom ett förenklat förfarande. Av tilldelningsbeslut den 21 maj 2015 framgår att kommunerna beslutat att anta anbudet från NTI-skolan AB.

Miroi AB (Miroi) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Miroi anför bl.a. följande.

Transparens

Utvärderingsmodellen är så otydlig att den strider mot transparensprincipen. I utvärderingsmodellen används flertalet subjektiva begrepp som motsvarar poäng i en betygsskala för varje kriterium. Det framgår inte i förfrågningsunderlaget vad som avses med begreppen, hur de ska tolkas eller vad de ska motsvara för kvantitet eller kvalitet. Utvärderingskriteriernas utformning öppnar upp för subjektiva bedömningsgrunder. Utvärderingsmodellen ökar påtagligt risken för att anbud värderas mot varandra i stället för mot en och samma utvärderingskriterium. Utvärderingskriterierna har varit otydliga och det har varit förenat med betydande svårigheter för anbudsgivare att bilda sig en uppfattning om vad kommunerna efterfrågar i de beskrivningar och nivåer som ska betygsätts. Därigenom har det varit svårt att bilda sig en uppfattning om vad kommunerna skulle komma att tillmäta betydelse. Av tilldelningsbeslutet framgår att Miroi har fått betyg 60 avseende utvärderingskriterierna personal och kurser. Det framgår dock ingen motivering till erhållen poäng eller vad Mirois anbud saknar. Kommunerna har därmed åsidosatt transparensprincipen och sin skyldighet att

motivera sitt beslut enligt 20 § förvaltningslagen (1986:223). Även betyget 60 poäng eller lägre borde motiveras.

Utvärderingskriterium 5.2.1 personal

Det anges inte i förfrågningsunderlaget vad kommunerna hade för förväntningar på hur många lärare som kunde uppvisas med behörighet och legitimation, hur anbudsgivaren organiserar sitt arbetslag vid behov för att garantera ersättare eller att det efterfrågades att varje studerande har en personlig lärare under hela studietiden. Det gör det svårt för anbudsgivare att utifrån utvärderingskriteriets vaga formulering bilda sig en uppfattning om vad som tillmäts betydelse i utvärderingen.

Utvärderingskriterium 5.3.1 genomförande (kurser, organisation, lärare, bedömning och examination)

Om kommunerna hade varit tydligare med vilket kursutbud som önskades och vilket kursutbud som motsvarar respektive betyg hade Miroi vetat vad som skulle tillmätas betydelse och kunnat offerera ett annat kursutbud som hade resulterat i högre betyg i utvärderingen. Vidare kan samma argumentation anföras avseende utvärderingskriterierna lärare, övrigt samt utveckling och samverkan.

Vad gäller organisation utvärderades inte det som var angivet i förfrågningsunderlaget, utan de platsbundna proven. Det angavs inte i förfrågningsunderlaget vad kommunerna hade för förväntningar på de platsbundna proven.

Vad gäller bedömning och examination framgår av Mirois anbud att Miroi inte enbart erbjuder platsbundna prov som examinationsform. Det var dock inte utvärderingskriteriets redovisning som utvärderades, utan om anbudsgivaren arbetar med platsbundna prov.

Utvärderingskriterium 5.4.1 utrustning

Det var inte utvärderingskriteriets beskrivning som utvärderades, som exempelvis vilken utrustning Miroi avser att använda samt på vilket sätt eleven har tillgång till den, utan snarare beskrivningens struktur och omfattning.

Skada

Med anledning av att förfrågningsunderlaget brister i transparens har Miroi lidit skada, eller i vart fall riskerar att lida skada. Miroi hade kunnat utforma sina beskrivningar avseende utvärderingskriterierna annorlunda med möjlighet att tilldelas kontrakt, om det tydligt hade framgått vad som skulle tillmätas betydelse i utvärderingen.

Kommunerna bestrider ansökan och anför bl.a. följande. Oaktat om förfrågningsunderlaget möjligen har vissa brister har det ändå varit tillräckligt tydligt för att Miroi ska kunna skapa sig en uppfattning om vad kommunerna efterfrågat och hur det skulle komma att utvärderas. Anbudet har utvärderats utifrån förutsättningarna i förfrågningsunderlaget och några ovidkommande hänsyn har inte tagits. Kommunerna har förutsatt att anbudsgivarna beskriver hur man vill utföra den efterfrågade tjänsten på ett optimalt sätt. Grunden i bedömningen är att betyg 60 är godtagbar nivå. Det saknas inget då man fått betyg 60, men betyg över 60 som bedöms ge mervärden motiveras.

Miroi har varit medvetet om utformningen av förfrågningsunderlaget, men avvaktat utvärderingen och utfallet i upphandlingen. Mirois underlåtenhet att ställa frågor eller begära förtydliganden under anbudstiden avseende förfrågningsunderlagets utformning tolkas som att Miroi ansett att underlaget varit tillräckligt tydligt formulerat. Miroi har haft samma möjlighet som andra anbudsgivare att utforma och optimera sitt anbud. Mirois ansökan om överprövning är allmänt hållen och de upprepade påståendena

kring fri provningsrätt är generaliserade. Miroi har inte heller kunnat konkretisera hur bolaget lider skada.

Utvärderingskriterium 5.2.1 personal

Miroi har bedömts ha ett godtagbart antal lärare och personal, men inget mervärde. Av tilldelningsbeslutet framgår varför vinnande anbud har bedömts ha ett mervärde och därmed tilldelats ett högre betyg.

Utvärderingskriterium 5.3.1 genomförande (kurser, organisation, lärare, bedömning och examination)

Behovet av flexibilitet vad gäller kursval och starttider är stort. Bolaget har lämnat anbud på de kurser som kan erbjudas och kommunerna har bedömt bolagets anbud utifrån detta. Upphandlingen avser utbildning för vuxna i form av gymnasiekurser i distansform, varvid Mirois följaktligen fått lägre betyg, då bolaget valt att offerera platsbundna prov.

Utvärderingskriterium 5.4.1 utrustning

Plattformen som Miroi har presenterat är omfattande och rörig. En ytterligare faktor som bedömts är att det är handledare och inte lärare som tillsammans med eleven genomför laborationer.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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.

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska

rätten enligt 16 kap. 6 § samma lag besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Det är enligt praxis den part som gör gällande att en upphandling är felaktig som på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter som talan grundas på (se RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att bolaget har lidit skada eller kunnat komma att lida skada på grund av de brister som påtalats (se HFD 2013 ref. 53).

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling. Även förfrågningsunderlag 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).

Förvaltningsrättens kan konstatera att i upphandlingens utvärderingsmodell anges att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas med hänsyn till vissa angivna kriterier, i samtliga kriterier kommer inlämnade anbud att tilldelas betyg inom skalan 0–100 efter hur väl de uppfyller kommunens önskemål. Beskrivningarna poängsätts i utvärderingsfasen genom att placeras i en bedömningskategori som exempelvis ”mycket hög nivå, långt över förväntan, ger stort mervärde” eller ”godtagbar nivå, enligt förväntan, ger dock inget mervärde”.

Miroi har bl.a. anfört att utvärderingskriterierna är otydliga och dess utformning öppnar upp för subjektiva bedömningar samt att det varit betydande svårigheter för anbudsgivare att bilda sig en uppfattning om vad kommunerna efterfrågar och tillmäter betydelse i utvärderingen. Kommunerna har å sin sida gjort gällande att förfrågningsunderlaget har varit tillräckligt tydligt för att Miroi skulle kunna skapa sig en uppfattning om vad kommunerna efterfrågat och hur det skulle komma att utvärderas. Kommunerna har vidare anfört att anbuderna har utvärderats utifrån förutsätt-

ningarna i förfrågningsunderlaget och att några ovidkommande hänsyn inte har tagits.

Förvaltningsrätten anser att det av kravspecifikationen avseende personal inte framgår vad kommunerna efterfrågar och vad som ger mervärde vid utvärderingen. Vad gäller kategorierna genomförande och utrustning är beskrivningarna i förfrågningsunderlaget i viss mån tydligare och ytterligare information om vad kommunerna lägger vikt vid finns i förfrågningsunderlaget under rubriken ”beskrivning av tjänsten”. Enligt förvaltningsrättens mening ger förfrågningsunderlaget dock inte tillräcklig ledning beträffande vad som ska vägas in för att en offererad tjänst ska anses vara värd en hög respektive låg poäng. Den bristfälliga informationen om vad som avsetts med respektive börkriterium lämnar ett så stort utrymme för godtycke att anbudsgivarna inte givits möjlighet att förstå vad som efterfrågas. Anbudsgivare riskerar därmed att inte kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Utvärderingsmodellen får således anses vara utformad på ett sådant sätt att den strider mot principen om transparens, vilket innebär att kommunernas förfarande i detta avseende strider mot de grundläggande principerna i 1 kap 9 § LOU. Vad kommunerna har anfört om att Miroi före anbudstidens utgång inte ställt frågor eller begärt förtydliganden avseende förfrågningsunderlagets utformning ger inte anledning till någon annan bedömning.

Miroi har gjort gällande att bolaget hade kunnat utforma sitt anbud annorlunda om det hade framgått vad som skulle tillmätas betydelse i utvärderingen. Förvaltningsrätten finner att Miroi under sådana förhållanden har lidit skada eller i vart fall kunnat lida skada av de konstaterade bristerna i kommunernas utvärderingsmodell. Det finns således stöd för ingripande med stöd av LOU. De konstaterade bristerna i upphandlingen hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet och förvaltningsrätten finner därför att

upphandlingen ska göras om. Vid denna utgång saknas anledning att pröva övriga grunder som Miroi har åberopat.

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

Daniel Samuelson

Föredragande: Lena Lundblad



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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