



SÖKANDE

Forsman och Nydahl AB, 556561-1406
Hunnebergsgatan 36
582 34 Linköping

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och jur.kand. Ulrika Lundgren
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPARTER

1. Habo kommun
Box 212
566 24 Habo

2. Jönköpings kommun
Rådhuset
551 89 Jönköping

3. Mullsjö kommun
Järnväggsgatan 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

KONKURRENSVERKET	
2014-03-25	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om i den del den avser Vård- och omsorg samt Barn- och fritidsprogrammen.

Dok.Id 125460

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:30-16:00

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

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. Forsman och Nydahl AB (bolaget) begär överprövning av den del av upphandlingen som avser Vård- och omsorgsprogrammet samt Barn- och fritidsprogrammet. Förvaltningsrätten har i domar denna dag även behandlat begäran om överprövning av andra delar av upphandlingen, se mål nummer 5393-13 (Högskoleförberedande programmet), 5395-13 (Industri tekniska programmet) och 5420-13 (Vård- och omsorgsprogrammet, Barn- och fritidsprogrammet, Restaurang- och livsmedelsprogrammet samt Hotell- och turismprogrammet).

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att anbudsutvärderingen görs om, varvid bolagets anbud tas upp till prövning. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Kommunerna motsätter sig bolagets yrkanden.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Bolaget

Kommunerna har brutit mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen i LOU genom att förkasta bolagets anbud trots att anbudet uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda ska-krav. Bolaget har därför

lidit eller kan komma att lida skada. Kommunerna har även brutit mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen genom att använda sig av ett förfrågningsunderlag som varit så otydligt formulerat att det inte på förhand varit möjligt att bilda sig en uppfattning om vad som krävs för att uppfylla kraven i upphandlingen.

Bolagets anbud

I upphandlingsprotokollet har kommunerna angett följande anledning till varför bolagets anbud har förkastats:

"Anbudsgivare uppfyller inte kraven för godkänd verksamhetsledare."

Det krav som kommunerna anser att bolagets anbud inte uppfyller har följande lydelse:

"Inom personalgruppen skall det finnas en verksamhetsledare med pedagogisk utbildning och erfarenhet av att leda kommunal vuxenutbildning."

Såvitt framgår av kravets ordalydelse efterfrågas inte någon specifik nivå på pedagogisk utbildning eller något visst antal högskolepoäng inom pedagogik. Inte heller efterfrågas någon specifik genre på verksamhetsledarens pedagogiska utbildning.

Då bolaget upprättade sitt anbud önskade bolaget få bekräftat att det aktuella ska-kravet inte uppställde några särskilda krav beträffande den pedagogiska utbildning offererad verksamhetsledare skulle ha genomgått. Bolaget valde därför att ställa följande fråga till kommunerna (se fråga nr 11 i frågor och svar):

"Under 5.3.3. står det att verksamhetsledaren ska ha pedagogisk utbildning. Vad avser ni med det? Går det att förtydliga, omfattning, utbildning t.ex.?"

På denna fråga gav kommunerna följande svar:

"Vi har medvetet inte angett någon inriktning eller omfattning för den pedagogiska utbildningen. Vi kräver inte någon viss nivå eller inriktning på den pedagogiska utbildningen. Kravet är att föreslagen verksamhetsledare har någon form av pedagogisk utbildning i kombination med erfarenhet av att leda kommunal vuxenutbildning".

Av kommunernas svar framgår således att det inte ställs några krav vad gäller inriktning, nivå eller omfattning på offererad verksamhetsledares pedagogiska utbildning. Så länge offererad person har någon form av pedagogisk utbildning i kombination med erfarenhet av att leda kommunal vuxenutbildning är det aktuella ska-kravet uppfyllt.

Den verksamhetsledare som bolaget valt att offerera uppfyller samtliga de krav som i upphandlingen ställts avseende verksamhetsledare. Hon har sedan tidigare erfarenhet av att leda kommunala vuxenutbildningar och har även genomgått utbildningar inom pedagogik. Den offererade verksamhetsledaren har en sjuksköterskeexamen, vilken inkluderar utbildning inom pedagogik. Hon har även genomfört den pedagogiska utbildningen *Livs-långt lärande* i Jönköpings kommuns regi. Vid sidan av detta har hon även påbörjat rektorsprogrammet, för vilket de formella förkunskapskraven inkluderar bl.a. pedagogisk utbildning. Bolaget har i anbudet hänvisat till rektorsutbildningen för att styrka att verksamhetsledaren har tidigare pedagogisk utbildning. I bolagets anbud ingår verksamhetsledarens CV av vilken framgår att hon har en sjuksköterskeexamen. Det saknar betydelse var i ett anbud efterfrågade uppgifter lämnas (se Kammarrättens i Sundsvalls

dom den 18 maj 2011 i mål nr 319–321-11). Bolaget har i sitt fritextsvar hänvisat till verksamhetsledarens CV som bifogats anbudet. Hänvisningen har gjorts för att närmare information om vilka utbildningar som har genomgåts finns där.

Bolaget uppfyller samtliga ska-krav i upphandlingen. Genom att förkasta bolagets anbud har kommunerna avvikit från förutsättningarna i förfrågningsunderlaget.

Förfrågningsunderlaget

Det krav som uppställs på verksamhetsledaren i förfrågningsunderlaget samt i efterföljande svar från kommunerna (se punkt 5.3.3 samt fråga nr 11) är ett otydligt krav och det råder viss begreppsförvirring.

Offererade verksamhetsledare ska enligt ska-kravet ha ”pedagogisk utbildning”. Av 6 kap. 13 § högskoleförordningen (1993:100) framgår följande. ”All utbildning på grundnivå och avancerad nivå ska bedrivas i form av kurser. Kurser får sammanföras till utbildningsprogram.”

Utbildning och kurs är alltså inte samma sak. Kommunerna har inte kravets rätta innebörd klar för sig och detta återspeglas också i kommunernas agerande under anbudsutvärderingen. Den verksamhetsledare som den vinnande leverantören offererade har inte genomgått någon pedagogisk utbildning. Istället har personen ifråga fullföljt en kurs om 20 hp inom pedagogik. Kravet har varit så otydligt och svårtolkat att det utgör en överträdelse av de grundläggande reglerna om transparens och likabehandling i LOU.

Kommunerna har i förvaltningsrättens mål nr 5395-13 medgett att det aktuella förfrågningsunderlaget varit otydligt formulerat.

Kommunerna

Upphandlingen har hanterats i enlighet med bestämmelserna i LOU. Upphandlingen har gjorts genom ett förenklat förfarande och tilldelningsgrund för kontraktet är ekonomiskt mest fördelaktigt anbud, det framgår av förfrågningsunderlaget punkt 3.3.

Bolagets anbud

Av bolagets anbud framgår att personen som har offererats som verksamhetsledare har pedagogisk utbildning genom de pedagogiska kurser som ingår i rektorsutbildningen. Kommunerna har i svar på ställd fråga preciserat vad som menas med de ställda kraven på verksamhetsledare. Som framgår dels av förfrågningsunderlaget, dels av frågor och svar-funktionen avses med utbildning inte enstaka kurser eller ännu ej fullt genomförda utbildningar. Bolaget har trots detta förtydligande under punkten 5.3.3 uppgett att föreslagen verksamhetsledare har pedagogisk utbildning i form av ännu ej fullt genomförd rektorsutbildning. Det uppfyller inte de ställda kraven.

Bolaget menar att den föreslagna verksamhetsledaren även uppfyller ska-kraven genom en sjuksköterskeutbildning som innehåller en kurs inom pedagogik. Bolaget har inte åberopat denna utbildning som en utbildning för att uppfylla ska-kraven. Av anbudet framgår det att "*Magdalena har pedagogisk utbildning genom de pedagogiska kurser som ingår i en rektorsutbildning*".

I förfrågningsunderlaget efterfrågas ett fritextsvar där anbudsgivaren ska intyga att de uppställda ska-kraven uppfylls. Bolaget har valt att detaljerat

svara när det gäller verksamhetsledarens arbetslivserfarenhet och endast med en mening hänvisa till en pågående pedagogisk utbildning som stöd för att bolaget uppfyller ska-kraven. Kommunerna gör bedömningen att bilagor i form av CV är till för att styrka det som framgår av bolagets fritextsvar, inte svar på frågan i förfrågningsunderlaget i sig. I vart fall har bolaget inte hänvisat till någon CV vad gäller den pedagogiska utbildningen, enbart när det gäller arbetslivserfarenhet. Vidare framgår det inte av verksamhetsledarens CV att sjuksköterskeexamen innehåller inslag av pedagogisk utbildning. Hade det i den andra frågan under punkt 5.3.3 hänvisats till de andra kompetenser inom pedagogik som verksamhetsledaren har hade bedömningen kunnat vara annorlunda.

Förfrågningsunderlaget

Inom upphandlingens samtliga delområden skulle anbudsgivare lämna anbud som uppfyllde kraven för ledning av verksamhet (se förfrågningsunderlaget punkterna 4.3.3, 5.3.3, 6.3.3, 7.3.3, 8.3.3, 9.3.3 och 10.3.3). Under samtliga punkter efterfrågas det en verksamhetsledare med pedagogisk utbildning och erfarenhet av att leda kommunal vuxenutbildning.

Under anbudsutvärdering har kommunerna hämtat in kompletterande uppgifter samt svarat på anbudsgivarnas frågor om förtydligande genom en frågor och svar-funktion. Bland annat har kommunerna förtydligat vad kommunerna önskat för typ och nivå av pedagogisk utbildning och erfarenhet av att leda kommunal verksamhet. Bolaget har redogjort för kommunernas svar på fråga nr 11. Kommunerna har även svarat på följande fråga (nr 13):

”Kommer Jönköpings kommun att godkänna verksamhetsledare som har drygt ett år kvar av sin rektorsutbildning?”

Kommunerna svarade enligt följande:

"Om anbudsgivare på frågan om "pedagogisk utbildning" hänvisar till en icke fullt genomförd utbildning så kommer vi att bedöma detta som icke uppfyllt krav."

Av svaret framgår det tydligt att en ännu inte avslutad utbildning inte kan återopas som en fullgjord pedagogisk utbildning som efterfrågas i förfrågningsunderlaget. Av förfrågningsunderlaget framgår det otvivelaktigt att den verksamhetsledare som ska offereras ska ha en pedagogisk utbildning. Vidare har detta begrepp förklarats i kommunikation med samtliga leverantörer som lämnat anbud. Kommunerna hänvisar till EU-domstolens dom i mål C-19/00.

Kommunernas inställning i förvaltningsrättens mål nr 5395-13 har inte någon betydelse för bedömningen av detta mål. Bolagets anbud uppfyller inte de ställda ska-kraven.

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 upp-

handlingar 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 sökanden 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 om-

ständigheter 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 Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i 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 tilldelningsfasen, 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.

Uppfyllande av ska-krav

Bolaget har i sitt anbud angett att verksamhetsledaren sedan tidigare har pedagogisk utbildning utöver den nu pågående utbildningen på rektorspro-

grammet. För att visa att kravet på pedagogisk utbildning var uppfyllt kompletterade bolaget sitt anbud med verksamhetsledarens CV av vilket det bl.a. framgår att verksamhetsledaren har en sjuksköterskeexamen omfattande en pedagogisk kurs. Kommunerna har vid utvärderingen valt att bortse från detta CV med hänvisning till att handlingen inte är en del av bolagets anbud eftersom uppgiften om kursen inte har framkommit i fritext. Enligt förvaltningsrättens bedömning avseende uppfyllande av ska-krav har bolaget för i vart fall det aktuella kravet på att verksamhetsledaren ska ha pedagogisk utbildning lämnat sådana uppgifter och beskrivningar att det är möjligt att göra en bedömning av om ska-kraven uppfylls. Med hänsyn till den information som bolaget lämnat har det enligt förvaltningsrättens bedömning inte framkommit att bolaget brustit avseende det aktuella ska-kravet. Det var således fel av kommunerna att förkasta bolagets anbud.

Förfrågningsunderlaget

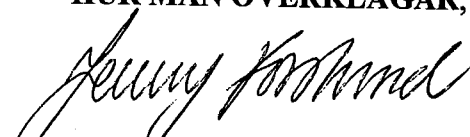
I förfrågningsunderlaget har kommunerna formulerat ett ska-krav där det anges att det ska finnas en verksamhetsledare med pedagogisk utbildning och erfarenhet av att leda kommunal vuxenutbildning. Enligt högskoleförordningen är utbildning och kurs inte samma sak. Det råder således en viss begreppsförvirring och kommunerna kan därför inte sägas ha gett en klar bild av kravets egentliga innebörd. Vid fråga från bolaget har kommunerna förtydligat kravet med att man medvetet inte angett någon inriktning eller omfattning för den pedagogiska utbildningen. Kommunerna skriver vidare att de inte kräver någon viss nivå eller inriktning på den pedagogiska utbildningen. Kravet är att föreslagen verksamhetsledare har någon form av pedagogisk utbildning i kombination med erfarenhet av att leda kommunal vuxenutbildning. Det har senare även framkommit i frågor och svar att verksamhetsledare med icke genomförd utbildning kommer att bedömas som ett icke uppfyllt ska-krav.

Av ordalydelsen i förfrågningsunderlaget går det inte att utläsa något krav på specifik nivå eller inriktning på den pedagogiska utbildningen. Kommunerna har inte gett en klar bild av kravets egentliga innebörd. Förvaltningsrätten gör därför bedömningen att det i förfrågningsunderlaget finns en avgörande brist och att förfrågningsunderlaget därmed är utformat i strid med LOU.

Den ovan konstaterade bristen i förfrågningsunderlaget har enligt förvaltningsrättens mening påverkat bolagets möjligheter att utforma ett konkurrenskraftigt anbud och därmed, i förlängningen, påverkat resultatet av anbudsprövningen. Bolaget bedöms därför ha lidit eller i vart fall kunnat komma att lida skada.

Sammanfattningsvis konstaterar förvaltningsrätten att en rättelse inte är tillräcklig i målet då det föreligger brister som är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Någon mindre ingripande åtgärd än beslut om att upphandlingen ska göras om kan inte komma ifråga.

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



Jenny Forslund