

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2008-08-26
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
13526-08

2008-08-26	
FÖNKUÄRENSVERKET	
2008-08-28	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

Malmö Högskola
Innovation och utveckling
Enheten för Kompetensutveckling och utvärdering
205 06 Malmö

MOTPART

Verket för innovationssystem (VINNOVA)
101 58 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår Malmö Högskolas yrkande om ingripande enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut 2008-06-27 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 356779

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: lansrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

VINNOVA har inbjudit leverantörer att lämna anbud i en öppen upphandling avseende tjänster för utformning av ett ledarskapsutvecklingsprogram för centrumföreståndare (dnr 2008-01161). Av beslut om tilldelning av kontrakt 2008-06-12 framgår att VINNOVA beslutat att anta anbud från Asp-gren Ledarresurs AB.

YRKANDEN M.M.

Malmö Högskola yrkar i ansökan om överprövning enligt LOU i första hand att utvärderingen ska göras om enligt 16 kap. 2 § LOU och i andra hand att upphandlingen ska göras om enligt 16 kap. 2 § LOU. Högskolan anser att de lidit skada och kan komma att lida skada. Till stöd för yrkandena anförs att i förfrågningsunderlaget under rubriken ”Administrativa bestämmelser” står det att ”- Anbud ska skrivas på svenska”. I vinnande anbuds förteckning av medarbetare finns det två stycken CV som är skrivna på engelska. Vinnande anbud har inte uppfyllt skräven som är ställda i förfrågningsunderlaget och ska således diskvalificeras från utvärderingen. En CV är enligt Högskolans förmenande att anse som en del av anbudet i sin helhet. Vidare anförs att i förfrågningsunderlaget anges utvärderingskriterierna såsom

- Förmåga
- Utbildningsupplägg
- Upplägg bollplank
- Personlighetstest
- Dokumentation
- Kursmaterial
- Leverans

Samtliga kriterier utgör 90 % av utvärderingen, varefter 10 % utgör priset. Bedömningen av ovan nämnda kriterier har skett utifrån den skriftliga beskrivning som anbudsgivare lämnat för respektive kategori, med betyget 0-5. VINNOVA har i förfrågningsunderlaget inte visat vad som krävs av anbudsgivare för att få poäng i det givna intervallet 0-5. Detta visar sig särskilt vid utvärderingen av kriteriet ”personlighetstest” där VINNOVA kommenterar Högskolans anbud med ”oklart vad testerna skall användas till och hur de skall användas”. I detta avseende har poängsättningen varit präglad av ett stort mått av godtycklighet, då man

inte redovisat i förfrågningsunderlaget hur man ämnar göra denna bedömning.

Vid utvärderingen av Högskolans anbud bedöms offererade konsulter som oerfarna samt att CV saknas på en del av dem. Frågan är hur VINNOVA bedömt Högskolans konsulter som oerfarna? Högskolan hävdar att samtliga konsulter som ingår i anbudet har sin CV med. Vinnande anbud kan dessutom ha fått en klar konkurrensfördel då företrädaren för vinnande anbudsgivare är ordförande i programrådet för VINNOVAs WinnEXellence center. Samtliga angivna exempel strider mot transparens-, objektivitets- och likabehandlingsprincipen, vilka är de grundläggande principerna vid all offentlig upphandling.

VINNOVA bestrider bifall till yrkandena och anför följande. VINNOVA har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU. Upphandlingen har genomförts på ett öppet sätt. Förfrågningsunderlaget med däri angivna krav har varit fullständigt, klart och tydligt. Anbuderna har utvärderats i enlighet med angivna förutsättningar och anbud och anbudsgivare har behandlats på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt. Således har varken utvärderingen eller förfarandet i övrigt skett i strid med LOU. För det fall brister skulle anses föreligga såvitt avser anbudsutvärderingen eller förfarandet i övrigt är bristerna inte av sådan art eller omfattning att kraven i LOU åsidosatts. Skäl för att bifalla yrkandet om överprövning saknas således. Vidare anføres att *Malmö Högskola* är i förhållande till VINNOVA *inte en leverantör i den mening som avses i LOU* och Högskolans yrkande om överprövning skall därför avvisas. Högskolan och VINNOVA är statliga myndigheter och utgör därmed inte några i förhållande till varandra självständiga juridiska enheter (rättssubjekt). Ett kontrakt kan endast slutas mellan juridiskt fristående personer. Det är således inte möjligt för en statlig myndighet att tilldela ett kontrakt till en annan statlig myndighet. LOU är endast tillämplig vid tilldelning av kontrakt. Följden av detta är att LOU inte är tillämplig vid anskaffning mellan statliga myndigheter. Högskolans ansökan om överprövning skall därför avvisas. I de fall en statlig myndighet lämnar anbud i en upphandling som genomförs av en annan statlig myndighet är det anbudet att betrakta som ett egenregianbud. Egenregianbudet skall under upphandlingen behandlas på samma sätt som övriga anbud. Om egen-

regianbudet vinner upphandlingen kan dock inget kontrakt tilldelas eftersom ett rättssubjekt inte kan ingå kontrakt med sig själv. Upphandlingen skall i det fallet avbrytas utan att ett kontrakt tilldelas. De båda statliga myndigheterna får istället träffa en överenskommelse gällande tillhandahållande av den aktuella tjänsten. En sådan överenskommelse saknar dock de juridiska verkningar som kännetecknar ett kontrakt mellan två fristående rättssubjekt. Uppfattningen att LOU inte är tillämplig vid anskaffning mellan statliga myndigheter har också redovisats av Nämnden för Offentlig Upphandling (NOU) som, avseende den tidigare gällande lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, uttalade att "köp mellan statliga myndigheter avseende produktion inom endera myndigheternas normala verksamhetsområde faller utanför LOU:s tillämpningsområde,..."(NOU info sept. -93 – dec. 95 s. 12). Samma uppfattning har vidare framförts i betänkandet Effektiva- re offentlig upphandling (SOU 1999:139 s. 71 f) där det anges att "köp av varor och tjänster mellan enheter inom samma juridiska person utgör i LOU:s mening ingen upphandling." I samma betänkande anføres då också som en konsekvens av detta att "t ex behöver en statlig myndighet inte tillämpa LOU när den anskaffar en vara eller tjänst av en annan statlig myndighet".

CV

Vidare anför VINNOVA att vid utvärderingen har de två CV som Malmö Högskola uppgett vara skrivna på engelska, trots att det i förfrågningsunderlaget framgår att anbud ska lämnas på svenska, lagts åt sidan. Utvärdering har därefter genomförts utifrån vad som anges i de återstående åtta CV som alla är skrivna på svenska. Det vinnande anbudet har således bedömts utan beaktande av de CV som är skrivna på engelska.

Jäv, anknutet företag

Beträffande vad Högskolan anfört om att vinnande anbud kan ha fått en konkurrensfördel då företrädare för vinnande anbudsgivare är ordförande i ett av VINNOVAS programråd uppges följande. EG-domstolen har i ett avgörande (De förenade målen C21/03 och C-34/03, Fabricom, REG 2005 S I-1559) tagit ställning till om det är förenligt med gemenskapsrätten att tillämpa en bestämmelse som innebär att en person som utfört vissa förberedande arbeten inför en upphandling

inte får begära att delta i en därpå följande upphandling. EG-domstolen fastställde att en sådan bestämmelse går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målet avseende likabehandling av samtliga anbudsgivare. En tillämpning av en sådan bestämmelse kan nämligen få till följd att personer som har utfört visst förberedande arbete utesluts från upphandlingsförfarandet, fastän deras deltagande i förfarandet inte skulle innebära någon som helst risk för den fria konkurrensen mellan anbudsgivarna. En bedömning av huruvida personen kan tillåtas delta i upphandlingen måste således göras i varje enskilt fall. Mot bakgrund härav har VINNOVA inte rätt att utesluta en anbudsgivare från deltagande i upphandlingen endast av det skäl att en av dess företrädare finns representerade i ett av VINNOVAs programråd. VINNOVAs verksamhet bygger på en omfattande samverkan med olika samhällsfunktioner. Sådan samverkan har till följd att jävsituationer eller andra intressekonflikter kan uppstå. VINNOVA har till följd av detta stor erfarenhet av att avgöra om risk för jäv föreligger. Anna Aspgrén är en av flera hundra externa experter som VINNOVA årligen anlitar för att göra bedömningar av ansökningar om bidrag till forskning, till stöd för VINNOVAs beslut om vilka forskningsmiljöer som skall få bidrag. Dessa bedömningar görs i programråd och bedömningsgrupper som är knutna till VINNOVAs olika program och utlysningar. Personerna som ingår i programråd och bedömningsgrupper är inte anställda vid VINNOVA och inte heller verksamma inom de forskningsmiljöer vars ansökningar de bedömer. Vinn Excellence Center är ett av VINNOVAs program och Anna Aspgrén formell ordförande i dess programråd. Programrådet och tillhörande bedömningsgrupp har inte haft några möten eller annan verksamhet sedan hösten 2006. Programråden är inte delaktiga i VINNOVAs administrativa verksamhet till vilken upphandlingsverksamheten hör. Anna Aspgrén har därmed inte deltagit i handläggningen av det nu aktuella upphandlingsärendet. Jäv föreligger således inte. Inte heller har det vinnande anbudet fått någon form av konkurrensfördel.

Bedömning av anbud

Förfrågningsunderlaget innehåller tydliga beskrivningar av bakgrunden till upphandlingen och av föremålet för upphandlingen. Genom beskrivningarna ges anbudsgivarna en tydlig bild av syftet och målet med de tjänster som skall levereras.

Förfrågningsunderlaget innehåller även en tydlig beskrivning av hur anbudsutvärderingen kommer att genomföras. Beskrivningen innehåller uppgifter om hur kvalitetskriterierna och priskriterierna kommer att viktas i förhållande till varandra. Det finns uppgifter om maxpoäng samt beskrivning om hur beräkningen av den erhållna poängen kommer att göras. Vart och ett av kvalitetskriterierna finns redovisade med uppgift om att 0-5 poäng kommer att ges för varje kriterium. Vidare anges att anbuderna kommer att erhålla poäng baserat på de beskrivningar som anbuderna skall innehålla. Även VINNOVAs krav på anbudens beskrivningar framgår av förfrågningsunderlaget. Vid en upphandling av detta slag torde det vara ogörligt att ange exakt vad som krävs för att en anbudsgivare skall erhålla en viss poäng för ett kriterium. Syftet med kvalitetskriterierna är att tillvarata anbudsgivarnas yrkesskicklighet och kreativitet. Genom att ange vad beskrivningarna skall innehålla och syftet med den upphandlade tjänsten ges en tillräcklig information för att varje leverantör skall kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. I förfrågningsunderlaget anges tydligt att för att få högsta poäng ska beskrivningarna i anbud visa på

- (1) Mycket god förmåga att utveckla ledarskap inom ramen för samarbeten i centrumbildningar av det slag som nu är aktuellt, byggd på en god kunskap om och förståelse för både industrins och akademins arbetssätt och villkor.
- (2) Ett utbildningsupplägg som på ett genomtänkt sätt ger utrymme/tid för de inslag VINNOVA slagit fast att utbildningen ska innehålla (se avsnitt 1.1, 1.3 och 3), inklusive vilka namngivna konsulter som avses få olika ingående uppgifter.
- (3) Ett genomtänkt upplägg av hur anbudsgivaren ska tillgodose behovet av att vara tillgänglig som bollplank och stöd till deltagarna mellan utbildningstillfällena (se avsnitt 1.1, 1.3 och 3).
- (4) En plan på hur personlighetstest på ett professionellt sätt avses genomföras och hur testresultaten avses hanteras för att bidra till förhöjd kvalitet på utbildningen för deltagarna (se avsnitt 1.3 och 5.1.2).
- (5) Genomtänkt och genomförbart upplägg avseende hur utbildningen ska dokumenteras och ett manus, layoutfärdigt för tryck, produceras (se avsnitt 1.3 och 5.1.2).
- (6) Ungefär vilket slags kursmaterial som ska tas fram och användas vid de olika utbildningstillfällena, och att detta material har en nivå och omfattning som passar för deltagare med de yrkesbakgrunder som nu är aktuella.
- (7) Leveranskapacitet och backup-rutiner som säkerställer att utbildningen kan genomföras med bibehållen kvalitet även vid konsulter/handledares förhinder.

VINNOVA har vid bedömningen av anbuderna endast kommenterat och formulerat negativ kritik då högsta poäng inte uppnåtts för ett kriterium.

Malmö Högskola vidhåller sina yrkanden och anför i huvudsak följande. LOU är i allra högsta grad tillämplig. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) noterar att Högsta domstolen i två domar konstaterat (NJA 2001 sid. 3 och dom i mål nr T 1683-99), att LOU måste anses vila på principen att det inte är fråga om upphandling när en enhet väljer att själv utföra en tjänst, s.k. egenregiverksamhet. Högsta domstolen uttalade därvid att det ” [i] skilda sammanhang efter lagens tillkomst har antagits att det med hänsyn härtill inte innebär upphandling i lagens mening, om en enhet beställer varor eller tjänster från en annan enhet som ingår i samma juridiska person. Huruvida ett sådant antagande i alla lägen är hållbart kan vara föremål för diskussion. När det gäller offentlig verksamhet kan stundom även avtal träffade inom samma juridiska person tänkas ha viss civilrättslig betydelse. Det kan i andra fall tänkas att enheterna är så fristående i förhållande till varandra att ett köp eller någon liknande transaktion dem emellan inte rimligen kan karakteriseras som ett uttryck för egenregiverksamhet utan bör falla in under upphandlingsbegreppet.” NOU anförde vidare att det beskrivna synsättet skulle kunna tänkas vara tillämpligt då det är fråga om tilldelning av upphandlingskontrakt mellan enheter, som är att betrakta som olika upphandlande enheter inom samma juridiska person. Avgörande för om en transaktion är att betrakta som offentlig upphandling torde vara huruvida tjänstens tillhandahållande eller varuleveransen förutsätter en civilrättslig avtalsreglering. Något behov att sluta ett kontrakt med en utomstående uppkommer inte om leveranserna kan tillförsäkras genom överenskommelse med egen regiverksamhet eller sådant organ som på grund av sin anknytning till beställaren de facto kan jämföras med egen regi.

Högskolan uppger att EG-domstolen har beträffande varudirektivets tillämpningsområde uttalat att detta direktiv är tillämpligt när en upphandlande myndighet, såsom en lokal myndighet, avser att skriftligen ingå ett oneröst avtal om leverans av varor med en i formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet, oavsett huruvida denna enhet själv är en upphandlande myndighet. Vidare har EG-domstolen uttalat beträffande frågan om möjligheterna för upphandlande enheter att utan föregående upphandling ingå avtal med närstående organ att den ”... medgett ett undantag från att tillämpa di-

rektiven om offentlig upphandling. Undantaget, kallat In House Providing, avser avtal som en tilldelande myndighet ingår med vissa offentliga organ vilka är knutna till denna myndighet. Malmö högskola har även åberopat EG-domstolens praxis i målen Teckal (C-107/98), ARGE (C-94/99) och Stadt Halle (C-26/03).

Vidare anför Högskolan att förfarandet som VINNOVA väljer, dvs, att själva ta bort två stycken CV, för att sedan utvärdera resterande av det vinnande anbudet, strider mot både likabehandlings- och transparensprincipen. När ett anbud inkommer till upphandlande myndighet så är det antingen rent eller orent. VINNOVA skulle i det aktuella fallet ha konstaterat att anbudet varit orent och förkastat detsamma.

Länsrätten har 2008-06-27 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan rätten förordnar annat i målet.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU skall upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap. 2 § samma lag skall rätten 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 lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Länsrättens bedömning

Talerätt

VINNOVA har gjort gällande att Högskolans ansökan om överprövning ska avvisas eftersom Högskolan inte är en leverantör i den mening som avses i LOU.

Högskolan och VINNOVA är statliga myndigheter och utgör därmed inte några i förhållande till varandra självständiga juridiska enheter (rättssubjekt).

Av 1 kap 5 § högskoleförordningen (1993:100) framgår att myndighetsförordningen (2007:515) ska tillämpas på högskolorna i viss omfattning. Enligt 27 § myndighetsförordningen (2007:515) har myndigheten inom sitt verksamhetsområde rätt att företräda staten vid domstol.

Enligt länsrättens mening kan det inte sägas ligga utanför Malmö Högskolas verksamhetsområde att ge in anbud vid offentlig upphandling av aktuellt slag. Av det följer också att högskolan är berättigad att utnyttja de rättsmedel som finns angående förfarandet vid sådan upphandling. Högskolan kan således inte på den grunden att den ingår i samma juridiska person som VINNOVA dvs. staten, fråntas rätten att föra talan mot VINNOVA i fråga som rör förfarandet vid offentlig upphandling. Länsrätten tar därför upp Högskolans talan till prövning.

CV

Av de administrativa bestämmelserna förfrågningsunderlaget (avsnitt 2) framgår att anbudet ska skrivas på svenska. Enligt avsnitt 4 – Krav på leveratören – anges att det är en grundförutsättning att anbudsgivare uppfyller ställda ska-krav för att komma i fråga för anbudsutvärdering och kontraktstilldelning. I målet är otvistigt att det fanns två stycken CV för konsulter/utbildningsledare som skrivits på engelska i vinnande anbudsgivares anbud. Vidare framgår att det i anbudet fanns åtta andra CV som skrivits på svenska. Anbudet har utvärderats utan beaktande av de två CV som skrivits på engelska. Med hänsyn till att åtta av tio CV som lämnats in varit på svenska och uppfyllt det ställda kravet finner länsrätten att det inte kan anses stå i rimlig proportion att förkasta hela anbudet på den grunden att de administrativa kraven inte är uppfyllda.

Utformningen av förfrågningsunderlaget m.m.

Inledningsvis antecknas att det inte är en uppgift för länsrätten att vid en överprövning av en upphandling pröva de subjektiva kriterier som ligger till grund för en upphandlande enhets slutsatser beträffande enskilda anbudsgivares kvalificering för uppdraget.

I förfrågningsunderlaget avsnitt 6 – Anbudsvärderingen – anges bl.a. att 0-5 poäng ges på de olika utvärderingskriterierna baserat på anbudets beskrivning av de olika kriterierna. Enligt avsnitt 5.1.4 ska anbud innehålla en beskrivning av hur anbudsgivaren avser att genomföra utbildningen som är föremål för upphandlingen. Vidare redovisas vad beskrivningen bör visa. Bl.a. bör beskrivningen visa en plan för hur personlighetstest på ett professionellt sätt avses genomföras och hur testresultaten avses hanteras för att bidra till förhöjd kvalitet på utbildningen för deltagarna. Förfrågningsunderlaget redovisar de kriterier som kommer att bli avgörande för bedömningen, maximalt möjliga poäng som kan erhållas samt vilken utvärderingsmodell som kommer att tillämpas. Detta måste anses som tillräckligt för att en leverantör ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

Konkurrensfördel för vinnande bolag

Vid en samlad bedömning av vad som anförts i denna del finner länsrätten det inte visat att vinnande anbudsgivare genom att dess företrädare är ordförande i programrådet för VINNOVAS WinnEXcellence Center haft konkurrensfördel och åsidosatt de grundläggande kraven på objektivitet.

Sammanfattningsvis finner länsrätten således det inte visat att VINNOVA har åsidosatt de krav som ställs i LOU. Det finns därför inte grund för ingripande i enlighet med Malmö Högskolas yrkande.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a)



Leif Nilsson

rådman

Föredragande har varit Ann-Kristin Rosén