



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**
Förvaltningsrättsnotarien
T Kjellsson

DOM
2012-11-07
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
2106-12 E

SÖKANDE

Skolföreningen Härnösands Folkhögskola, 888000-1725

Ombud: Advokaten Mikael Dubois och jur.kand. Nike Berlin
Hamilton Advokatbyrå
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

Härnösands kommun
871 80 Härnösand

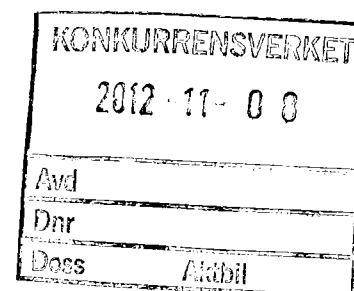
Ombud: Tobias Guss
adress som ovan

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



Dok.Id 45456

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611 - 34 98 00

E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
0611 - 34 98 10

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Härnösands kommun (kommunen) genomför upphandling avseende Introduktionsprogram för kommunens nyanlända flyktingar och invandrare, dnr UPP 11/030.055. I tilldelningsbeslut den 18 november 2011 angav kommunen att avtal skulle tecknas med Härnösands folkhögskola (Folkhögskolan). Lerina utbildning AB ansökte om överprövning hos förvaltningsrätten i Härnösand (mål nr 3597-11 E). Förvaltningsrätten beslutade att upphandlingen skulle rättas på så sätt att en ny utvärdering skulle göras vid vilken kommunen skulle bortse från den komplettering som tillförts Folkhögskolans anbud avseende antal års erfarenhet hos undervisande personal. Kommunen överklagade förvaltningsrättens dom. Kammarrätten i Sundsvall (mål nr 802-12) avslag överklagandet med motiveringen att kommunen genom sin begäran om förtydligande av Folkhögskolan på ett otillbörligt sätt gynnat densamma. I tilldelningsbeslut den 20 juni 2012, som ersatte tidigare beslut i samma upphandling, angav kommunen att avtal skulle tecknas med Lernia utbildning AB.

YRKANDEN M.M.

Folkhögskolans yrkanden och grunder

Folkhögskolan ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts innebärande att utvärderingen i upphandlingen görs om, varvid Folkhögskolans förtydligande ska beaktas avseende antal års erfarenhet för undervisande personal enligt p. 12 i Folkhögskolans anbud. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Folkhögskolan anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Förtydligandet har varit nödvändigt för att kunna räkna fram det ekonomiskt fördelaktiga alternativt enligt förfrågningsunderlaget. Beaktande av Folkhögskolans förtydligande har inte inneburit risk för särbehandling. Således skulle förtydligandet ha beaktats även vid den nya utvärderingen. Kommunens

agerande står därför i strid med likabehandlingsprincipen. Folkhögskolan har lidit skada enligt LOU eftersom Folkhögskolan vid en korrekt utförd utvärdering skulle ha antagits som leverantör i upphandlingen. Om förtydligandet inte ska beaktas kan utslagsmodellen inte användas för Folkhögskolan. Effekten av förfrågningsunderlagets utformning blir då att Folkhögskolan varken kan diskvalificeras eller delta fullt ut vid utvärderingen. I förfrågningsunderlaget går tydligt att utläsa hur de olika utvärderingskriterierna ska poängsättas samt hur tilldelningen sker för det fall att samtliga anbudsgivare får högsta sammanlagda poäng. Av utslagsmodellen framgår att tre värden ska användas och att summan av dessa värden ska divideras med tre. Av utslagsmodellens utformning krävs att samtliga tre parametrar innehåller reella värden för att anbuden ska kunna jämföras på ett likabehandlande sätt. För att modellen ska kunna användas krävs följande uppgifter: möjlig deltagarvolym, antal möjliga SFI-språk för modersmålsundervisning och antal års erfarenhet hos undervisande personal. Utan samtliga dessa tre värden kan det ekonomiskt mest fördelaktiga alternativet inte beräknas på det sätt som anges enligt utslagsmodellen. För att överhuvudtaget kunna tillämpa utslagsmodellen på angivet sätt begärde kommunen ett förtydligande av Folkhögskolan avseende arbetslagets "mångåriga erfarenhet" i p. 4.1.8 i anbudet. Om inte förtydligande hade begärts från Folkhögskolan hade det således varit omöjligt för kommunen att jämföra de två anbuden i utslagsmodellen. Arbetslaget i p. 12 "Arbetslag" i anbudet är de SFI-lärare som enligt anbudet är avsedda för huvuduppdraget. Arbetslaget utgör alltså den "undervisande personal" som medelvärdet av antal års erfarenhet ska beräknas för enligt utslagsmodellen. I den ursprungliga utvärderingen har kommunen även tillämpat utslagsmodellen på detta sätt. I anbudet har angivits att arbetslaget har mångårig erfarenhet. I förtydligandet framgår hur många års erfarenhet varje medlem i arbetslaget har. Det framgår således redan av anbudet att medlemmarna i arbetslaget har mångårig erfarenhet. I förtydligandet har endast specificerats hur många års erfarenhet det är fråga om. Förtydligandet har således inte handlat om att er-

sätta tidigare uppgifter utan syftat till att med större exakthet definiera föremålet för upphandlingen. Därmed är samtliga kriterier uppfyllda enligt 15 kap. 12 § LOU för att tillåta förtydligandet avseende antal års erfarenhet för undervisande personal på det sätt som skedde vid den ursprungliga utvärderingen. Det strider därför mot likabehandlingsprincipen när kommunen inte beaktat förtydligandet vid den nya utvärderingen.

För det fall förvaltningsrätten skulle anse att förtydligandet inte ska beaktas vill Folkhögskolan anföra följande. Av anbudet framgår med all tydlighet att Folkhögskolans undervisande personal inte har noll års yrkeserfarenhet eftersom den har "mångårig erfarenhet". Arbetslaget har tvärtom högre genomsnittlig erfarenhet än Lernia utbildning ABs angivna personalstyrka, vilket förutsätts vara ostridigt i målet. Med beaktande härav är det uppenbart felaktigt att, såsom kommunen gjort i den nya utvärderingen, tilldela Folkhögskolan noll poäng avseende "medelvärdet av antal års erfarenhet hos undervisande personal". Antingen ska Folkhögskolan ha det medelvärde som är korrekt eller så kan inget värde alls anges för Folkhögskolan för denna post. För det fall inget värde alls anges kan utslagsmodellen inte tillämpas för Folkhögskolan. Detta eftersom en hel parameter i utslagsmodellen saknas för Folkhögskolan. För att följa förfrågningsunderlaget måste kommunen räkna fram ett medelvärde av bland annat antal års erfarenhet hos undervisande personal. Att vid utslagsmodellen dividera "tre värden/3" avseende Lernia utbildning AB men endast "två värden/3" avseende Folkhögskolan skulle stå i strid med likabehandlingsprincipen eftersom utvärderingsmodellen då inte skulle tillämpas på samma sätt beträffande samtliga anbudsgivare, och inte heller följa förfrågningsunderlaget. Det framgår av kommunens egen uppfattning att en av parametrarna i utslagsmodellen inte har kunnat fastställas för Folkhögskolan. Folkhögskolan uppfyller alla skall-krav i upphandlingen men har trots detta ändå inte kunnat delta fullt ut i utvärderingen. Förfrågningsunderlaget har inte innehållit ett obligatoriskt krav att ange uppgift om antal års erfarenhet för undervisande perso-

nal. Folkhögskolans anbud har inte diskvalificerats från utvärderingen i upphandlingen men har ändå inte tillåtits delta fullt ut i utvärderingen. Att ett sådant resultat kan uppstå visar tydligt att utslagsmodellen och förfrågningsunderlaget inte säkerställer att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas och inte heller att ett rättvisande resultat uppnås. Förfrågningsunderlaget strider därmed mot 1 kap. 9 § LOU varför upphandlingen måste göras om. Som framgår ovan skulle Folkhögskolan vid en korrekt utförd utvärdering ha antagits som leverantör i upphandlingen. Folkhögskolan har därmed lidit skada i den mening som avses i 16 kap. 5 § första stycket LOU. I vart fall skulle Folkhögskolan vid en korrekt genomförd upphandling ha inkommit med anbud på andra förutsättningar och då kunnat antas som leverantör i upphandlingen varför Folkhögskolan i vart fall riskerar att lida skada.

Kommunens inställning och grunder

Kommunen har inget att tillägga till Folkhögskolans förstahands yrkande då tilldelningsbeslutet är fattat utifrån kammarrättens dom. Kommunen bestrider Folkhögskolans andrahandsyrkande. Kommunen anför i huvudsak följande. Folkhögskolan har i sitt yttrande vänt sig mot kommunens formulering i tilldelningsbeslutet. Folkhögskolan menar att kommunen inte kan ge Folkhögskolan noll års yrkeserfarenhet då de angett att de har "mångårig erfarenhet". Det är av pedagogisk natur som kommunen angett noll år för att illustrera att utan fullständiga uppgifter i anbudet kan inte kommunen sätta ett värde på "medelvärde av antal års erfarenhet hos undervisande personal" i formeln. Detta betyder inte att Folkhögskolan har i realiteten noll års yrkeserfarenhet utan att det rent matematiskt blir värdet noll i formeln eftersom tillräckliga uppgifter saknas i anbudet. Kommunen hade kunnat lämna denna del tom eller skrivit "fullständiga uppgifter saknas i anbudet" men det hade gett exakt samma resultat som värdet noll vid uträkningen. Folkhögskolan har således inte lidit skada av hur kommunen valt att illustrera resultatet. Det stämmer att Folkhögskolan inte har brutit

mot något i förfrågningsunderlaget ställt skall-krav varför Folkhögskolans anbud har beaktats i utvärderingsfasen. Att kommunen inte tar med de uppgifter som Folkhögskolan saknar i sitt anbud i utvärderingen är inte i strid mot likabehandlingsprincipen utan snarare en logisk följd av utslagsformelns konstruktion. En utvärdering är alltid beroende av vilka uppgifter som lämnas av respektive anbudsgivare, eller dess eventuella förtydliganden. Detta är också formulerat i förfrågningsunderlaget p. 4.7. Där angavs tydligt vilka uppgifter som behövdes i utvärderingsfasen och att anbudsgivare ska utforma sitt anbud i enighet med förfrågningsunderlaget. Det är inte relevant om de saknade uppgifterna medför poängreduktion i form av att utvärderingen inte kan tillämpas fullt ut eller någon annan form av poängreduktion. Det var fortfarande med all tydlighet begärda uppgifter som saknades i anbudet, vilket inte kan belastas kommunen. Det förefaller orimligt att upphandlingen måste göras om pga. att en anbudsgivare inte bifogat samtliga uppgifter i utvärderingsfasen. Särskilt då det är tydligt i förfrågningsunderlaget att dessa uppgifter kommer att användas i utvärderingsfasen, se anbudsinbjudan p. 4.4. och bilaga 6 p. 2.16. Kommunen anser att de har varit tillräckligt tydliga för att samtliga anbudsgivare borde ha förstått vilka uppgifter som efterfrågats. Att det inte råder några tvivel om att kommunen från början klargjort i förfrågningsunderlaget att dessa uppgifter behövs för att genomföra utvärderingsfasen fullt ut kan också påvisas av att vinnande anbudsgivare Lernia utbildning AB bifogade dessa uppgifter i sitt ursprungliga anbud. Upphandlingen strider inte mot 1 kap. 9 § LOU då förfrågningsunderlaget säkerställer ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet om samtliga uppgifter som uttryckligen begärs i förfrågningsunderlaget lämnas in. Det är en felaktig uppfattning att det inte skulle gå att säkerställa ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet pga. att det saknas tydligt begärda uppgifter i anbudet. Detta strider inte mot LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

I målet ska LOU i dess lydelse mellan den 15 juli 2010 och den 1 november 2011 tillämpas.

Upphandlande myndigheter ska 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 (1 kap. 9 § LOU).

En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning (15 kap. 12 § LOU).

En upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som har lägst pris. Bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga skall göras enligt 12 kap. 1 § andra stycket.

Av sistnämnda bestämmelse framgår att vid bedömningen av vilket anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd (15 kap. 16 § LOU).

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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska

rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. (16 kap. 5 § LOU).

Handlingarna i målet

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande:

4.4. Utvärderingsfas

Utvärderingen kommer att göras enligt principen ekonomiskt mest fördelaktiga. Kommunen avser att tilldela uppdraget till den anbudsgivare som kan erbjuda mest kvalitet för den totala summan av 3,5 msek per år under uppdragstiden 2012-01-01 – 2014-12-31 (samt ev förlängningsår) enligt följande utvärderingsmodell:

Den anbudsgivare som får den högsta sammanlagda poängen enligt bilaga 6 – svarsmodell utvärdering kommer att tilldelas uppdraget. Om flera anbudsgivare får högsta sammanlagda poäng enligt bilaga 6 – svarsmodell utvärdering kommer den med det högsta medelvärdet av möjlig deltagarvolym, antal möjliga sfi-språk för modersmålsundervisning och medelvärdet av antal års erfarenhet hos undervisande personal att tilldelas uppdraget. Formeln för denna uträkning:

$(\text{Möjlig deltagarvolym} + \text{antal möjliga sfi-språk för modersmålsundervisning} + \text{medelvärdet av antal års erfarenhet hos undervisande personal}) / 3.$

Tre decimaler kommer att användas vid uträkningen.

Anbudsgivarens poäng kan komma att justeras beroende på hur kommunen bedömer anbudsgivarnas redogörelser för de olika kriterierna.

4.7. Anbud

För att påräkna bedömning av anbud ska anbudsgivare utforma sitt anbud i enlighet med förfrågningsunderlaget. Det är utomordentligt viktigt att anbudsgivare noggrant läser anbudunderlaget och i det fall något är oklart omgående tar kontakt med någon av de angivna personerna och begär förtydliganden.

Av bilaga 6, Utvärderingskriterier framgår bland annat följande.

2.16 Kompetens och erfarenhet

Undervisningserfarenhet utifrån gällande kursplan för sfi

Maxpoäng 2

Poängsättningskriterier: en undervisningserfarenhet utifrån gällande kursplan för sfi ger 0 poäng, undervisningserfarenhet till minst 75 % utifrån gällande kursplan ger 1 poäng, undervisningserfarenhet utifrån gällande kursplan för sfi ger 2 poäng.

Kommentarer till kriteriet: undervisande personal bör ha denna erfarenhet, bekräfta med CV eller likvärdigt på undervisande personal, för att erhålla 2 poäng krävs minst 1 års erfarenhet hos samtlig undervisande personal. För att erhålla 1 poäng krävs att minst 75 % av undervisande personal har minst 1 års erfarenhet.

Undervisande personal med särskilt kompetens

Maxpoäng 2

Poängsättningskriterier: ej undervisande personal med särskilt kompetens ger 0 poäng, undervisande personal med särskilt kompetens till minst 75 % ger 1 poäng, undervisande personal med särskilt kompetens ger 2 poäng.

Kommentarer till kriteriet: undervisande personal bör ha särskilt kompetens, bekräfta med CV eller likvärdigt på undervisande personal, för att erhålla 2 poäng krävs att minst samtlig undervisande personal har särskilt kompetens. För att erhålla 1 poäng krävs att minst 75 % av undervisande personal har särskilt kompetens.

Förvaltningsrättens bedömning

Upphandlingen avser introduktionsprogram för kommunens nyanlända flyktingar och invandrare. Utvärderingen har skett enligt principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och kommunen har i tilldelningsbeslut den 20 juni 2012 antagit anbud lämnat av Lernia utbildning AB. Folkhögskolan har i ansökan om överprövning gjort invändningar mot detta och i första hand anført att utvärderingen i upphandlingen ska göras om, varvid Folkhögskolans förtydligande ska beaktas avseende antal års erfarenhet för undervisande personal. I andra hand har Folkhögskolan yrkat att upphandlingen ska göras om då att utslagsmodellen och förfrågningsunderlaget inte säkerställer att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas och inte heller att ett rättvisande resultat uppnås.

Det är i målet ostridigt att Folkhögskolan uppfyller samtliga skall-krav varför Folkhögskolans anbud ska beaktas i utvärderingsfasen. Frågan är inledningsvis om kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen när de i utslagsmodellen bortsett från Folkhögskolans komplettering.

Kammarrätten har funnit att kommunens begäran om förtydligande på ett otillbörligt sätt gynnat Folkhögskolan genom att låta Folkhögskolan komplettera sitt anbud efter kvalificeringen. Förvaltningsrätten finner inte skäl att i målet göra någon annan bedömning än vad som tidigare gjorts i fråga om Folkhögskolans komplettering av sitt anbud. Mot bakgrund av detta kan kommunen inte anses ha brutit mot likabehandlingsprincipen när kommunen valt att inte beakta kompletteringen vid utvärderingen. Begäran om överprövning avslås därför i denna del.

Frågan är då om utslagsmodellen och förfrågningsunderlaget säkerställer att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas och att ett rättvisande resultat uppnås.

I förfrågningsunderlaget går tydligt att utläsa hur de olika utvärderingskriterierna ska poängsättas samt hur tilldelningen sker för det fall att flera anbudsgivare får högsta sammanlagda poäng. I aktuell upphandling har de båda anbudsgivarna tilldelats högsta sammanlagda poäng varför kommunen, i enlighet med förfrågningsunderlaget, måste räkna fram ett högsta medelvärde av bland annat "medelvärdet av antal års erfarenhet hos undervisande personal". Det framkommer inte annat än att Folkhögskolan inte har lämnat uppgifter om antal års erfarenhet hos undervisande personal i sitt anbud. Kommunen har således inte kunnat beakta denna parameter vid beräkningen av högsta medelvärdet. Enligt förvaltningsrättens mening kan upphandlingen inte anses strida mot 1 kap. 9 § LOU då förfrågningsunderlaget säkerställer ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden om samtliga uppgifter som uttryckligen begärs i förfrågningsunderlaget lämnas in. Folkhögskolans ansökan om överprövning ska därför avslås i sin helhet.

Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 16 kap. 10 § LOU, enligt vilken den upphandlande myndigheten när förlängd avtalsspärr råder inte får ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

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


Hanna Berglund



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.

DV 3109/1C LOU