



SÖKANDE

Lernia Utbildning Aktiebolag, 556467-3381

Ombud: Lars Paulsson
Box 1181
111 91 Stockholm

MOTPARTER

1. Bodens kommun
2. Kalix kommun
3. Luleå kommun
4. Piteå kommun
5. Älvsbyns kommun

Ombud för 1-5: Ingrid Andersson
Upphandlingsenheten
Bodens Kommun
961 86 Boden

6. ASTAR AB, 556614-8093
Baggböle 115
905 92 Umeå

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2014-11-03	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att Bodens, Kalix, Luleå, Piteå och Älvsbyns kommun upphandling av kommunal vuxenutbildning i den del som avser det industritekniska programmet och restaurang- och livsmedelsprogrammet ska rättas på så sätt att anbudsutvärderingen görs om, varvid anbudet från Astar AB inte får beaktas.

BAKGRUND

Bodens kommun, Kalix kommun, Luleå kommun, Piteå kommun och Älvsbyns kommun (kommunerna) har genomfört en upphandling genom öppet förfarande avseende kommunal vuxenutbildning, ramavtal med rangordning. Enligt tilldelningsbeslut den 18 augusti 2014 antog kommunerna Astar AB:s (Astar) anbud avseende det industritekniska programmet och restaurang- och livsmedelsprogrammet. Lernia Utbildning AB (Lernia) kom på andra plats.

VAD PARTERNA HAR FRAMFÖRT

Lernia

Lernia har ansökt om överprövning och yrkat i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att utvärderingen görs om utan beaktande av Astars anbud. I andra hand har Lernia yrkat att upphandlingen görs om.

Till stöd för sin talan har Lernia framfört följande. Av förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter framgår bl.a. följande. Enligt AF U 5.1 ska formkraven i AF U 3.1 – 3.4 uppfyllas för att en anbudsgivare ska kvalificeras. AF U 5.1 lyder i sin helhet ”Kvalificering av anbudsgivare uppnås enbart genom att anbudsgivaren 1. Ska uppfylla formkraven i AF U 3.1 till och med AF U 3.4. OBS: Visar det sig att anbud efter denna prövning inte uppfyller ska-kraven i kvalificering av anbud, kommer anbudet ej att prövas i utvärderingen av anbud.” Av den citerade bestämmelsen framgår att de krav som framgår i AF U 3.1 – 3.4 utgör formkrav.

I AF U 3.1 andra punkten framställs kravet att ett anbud ska följa förfrågningsunderlaget. Det kan knappast anses innebära annat än att de krav som finns i förfrågningsunderlaget, oavsett avsnitt, ska följas.

I AF A 2.5.1 och 2.5.2, som obestriddligen är en del av förfrågningsunderlaget, framställs mycket tydliga krav på att leverantörens miljö- och kvalitetsansvarige ska anges i anbudet. Kraven är otvetydiga.

Detta kan inte rimligen innebära något annat än att ett anbud som saknar uppgift om miljö- och kvalitetsansvarig inte heller följer förfrågningsunderlaget. Således avviker ett sådant anbud från det formkrav som framställts i AF U 3.1 andra punkten. Ett anbud som avviker från ett formkrav som omfattas av hänvisningen i AF U 5.1 är inte kvalificerat och ska således inte heller utvärderas. Det är dessutom fråga om ett krav i enlighet med 11 kap. 11 § tredje punkten LOU, i vart fall när det gäller uppgift om den kvalitetsansvarige, men förmodligen också den miljöansvarige. Det senare genom hänvisningen till ”teknisk personal” som berörs på annat sätt.

Med hänsyn till de skriv- och uttryckssätt som finns i förfrågningsunderlaget kan kraven i AF A 2.5.1 och 2.5.2 inte frångås utan att LOU eller gemenskapsrättsliga bestämmelser eller principer träds för när. Av AF U 5.2.1 framgår att endast anbud som uppfyller samtliga ska-krav i kvalificeringen samt offererar lägsta pris inom respektive utbildningsområde/inriktning kommer att tilldelas avtalet. Anbuden från Astar saknar, till skillnad från anbudet från Lernia, uppgifter om såväl miljö- som kvalitetsansvarig.

Av väl etablerad praxis framgår att en upphandlande myndighet inte får efterge ställda kvalificeringskrav eller andra ovillkorliga krav vid sin anbudsprövning, eftersom detta utgör en överträdelse av den så kallade lika-behandlingsprincipen. Vid den nu gjorda anbudsprövningen skulle Astars

anbud rätteligen ha bedömts som inte kvalificerat och därför inte gått vidare till utvärdering. I så fall hade Lernia tilldelats ramavtalet med rangordningsplats 1. Kommunerna har överträtt LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna. Överträdelsen medför skada eller risk för skada för Lernia.

Kommunerna

Kommunerna motsätter sig ansökan och anför följande. Kommunerna har i Administrativa föreskrifter under rubriken U 3.1 angett formkraven för hur ett anbud ska inlämnas. ”Anbudet ska lämnas skriftligt, på svenska, följa förfrågningsunderlaget, lämnas av anbudsgivare som innehar F-skattebevis eller likvärdigt och redovisas i 13_Formulär för anbud”. I formuläret för anbud finns inget formkrav på att miljö- och kvalitetsansvarig ska anges.

Astars anbud inlämnades med alla uppgifter som var angivna i 13_Formulär för anbud. Anbudsutvärderingen genomfördes helt enligt de förutsättningar som var angivna i AF U 5.1 kvalificering av anbudsgivare/anbud. Anbudsgivaren/anbud ska uppfylla formkraven under rubrikerna AF U 3.1 till AF U 3.4.

Punkten under AF U 3.1 ”följa förfrågningsunderlaget” innebär att anbudsgivaren ska få kunskap om alla förutsättningar som kommer att gälla för avtalet samt att svara på de uppgifter som kommunerna begär in i 13_Formulär för anbud.

I kapitlet om avtalsvillkor anges sådana förutsättningar som ska gälla under avtalstiden. Under avtalsvillkoren i förfrågningsunderlaget har kommunerna under AF A 5 beskrivit att den avtalade leverantören ska ha rutiner för kvalitet- och miljöstyrning. I underrubrikerna AF A 2.5.1 och AF A 2.5.2 är skrivningen att dessa personer ska namnges i anbudet. I 13_Formulär för

anbud är alla uppgifter upptagna som ligger till grund för kvalificering enligt AF U 5.1 Kvalificering av anbudsgivare/anbud. Eftersom miljö- och kvalitetsansvarig inte fanns med i formuläret för anbud är det inte tvingande för anbudsgivaren att uppge dessa personers namn.

I dom från Förvaltningsrätten i Luleå (mål nr 199-13) har domstolen gjort bedömningen att uppgifter om miljö- och kvalitetsansvarig i anbud inte utgör kvalificerings eller utvärderingskrav, varför de inte heller kan anses utgöra så kallade ska-krav. Anbudsgivaren hade även i det fallet inte lämnat in uppgifter om miljö- och kvalitetsansvarig. Även i den upphandlingen var skrivningen att dessa uppgifter skulle anges i anbudet trots att uppgifterna inte fanns med i 13_Formulär för anbud. Med stöd av förvaltningsrättens tidigare bedömning kan inte Astars anbud förkastas och Lernia kan då heller inte anses lida skada eller risk för skada.

Lernia

Lernia har yttrat sig och anfört följande. Det är irrelevant om anbudsformuläret har innehållit någon plats för antecknande av uppgifterna om miljö- respektive kvalitetsansvarig. Det är felaktigt att ett krav som eventuellt inte återspeglas där av den anledningen plötsligt skulle kunna omvandlas från ett obligatoriskt krav till ett icke-obligatoriskt krav.

Kommunernas påstående om att ”punkten under AF U 3.1, följa förfrågningsunderlaget” innebär att anbudsgivaren ska få kunskap om alla förutsättningar som kommer att gälla för avtalet samt att svara på de uppgifter som kommunen begär in i 13_Formulär för anbud, är så långsökt och onaturligt i förhållande till den faktiska formuleringen att påståendet inte för tjänar avseende. Påståendet är i vart fall felaktigt eller orimligt.

Av den åberopade domen, mål nr 199-13 E, framgår att det av det då aktuella förfrågningsunderlaget framkom att anbud skulle uppfylla kraven i ett visst avsnitt, AFB 5.1. I förevarande fall har det föreskrivits i förfrågningsunderlaget att ett anbud ska följa inte bara ett begränsat avsnitt, utan hela förfrågningsunderlaget. De bedömda förutsättningarna är alltså andra än de nu aktuella..

I kravet på att miljö- och kvalitetsansvarig ska anges i anbudet ligger obestridligen ett krav på anbudsgivarens tekniska kapacitet samt hur denna tekniska kapacitet ska bevisas. Att avsätta en eller flera resurser som ska vara miljö- och kvalitetsansvariga i ett uppdrag är kostnadskrävande. Om det hade varit känt för Lernia att denna kostnad hade kunnat användas på annat sätt ligger det i sakens natur att Lernias anbud hade kunnat utformas på annat sätt än som skett. Något som i sig hade kunnat leda till att Lernia hade blivit tilldelat kontraktet rangordnad som etta redan från början. Att Astar inte har behövt avsätta någon resurs alls som miljö- och kvalitetsansvarig har på motsvarande sätt möjliggjort för Astar att använda sina däri- genom frigjorda resurser till att erbjuda annat i anbudet. Även mindre resursomfördelningar har stor betydelse eftersom konkurrensen på den nu aktuella marknaden är mycket hård. Det är därför orimligt att se de nu aktuella kraven som irrelevanta.

Principen att ställda obligatoriska krav inte får bortses ifrån är sträng. Redan vid mycket små avvikelser från kraven har domstolarna regelmässigt bedömt att anbud som inte lyckas fullt ut motsvara ställda obligatoriska krav ska förkastas. I flera rättsfall har uttalats att den omständigheten att ett krav formulerats som ett så kallat ska-krav är tillräckligt för att ett frånfallande av ett sådant krav ska ses som en väsentlig, och otillåten, ändring av upphandlingen.

Slutligen kan allmänt sägas att det är ägnat att väcka förvåning att en kommun i sina upphandlingar återkommande använder uttryck som de nu aktuella ifråga om krav på miljö- och kvalitetsansvarig, om kommunen inte alls har för avsikt att följa kraven. Det vilseleder leverantörerna och det är inte rimligt att ett sådant beteende godtas i rättstillämpningen. Kommunerna har brutit mot i vart fall transparens- och likabehandlingsprinciperna när anbudet från Astar har kvalificerats med bortseende från obligatoriska krav.

Astar AB

Astar AB har getts möjlighet att yttra sig över Lernia AB:s ansökan och yttrande samt över kommunernas yttrande, men har inte svarat.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet är om kommunerna har brutit mot LOU genom att anta Astars anbud trots att detta saknat uppgift om miljö- och kvalitetsansvariga samt om Lernia därigenom har lidit eller kan komma att lida skada.

Miljö- och kvalitetsansvariga – obligatoriska krav?

Att anta anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven står i strid med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Den första frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till är därför om uppgifterna om miljö- och kvalitetsansvarig är att anse som sådana obligatoriska krav.

Av de administrativa föreskrifterna, AF U 5.1, framgår att "Kvalificering av anbudsgivare uppnås enbart genom att anbudsgivaren 1. Ska uppfylla formkraven i AF U 3.1 till och med AF U 3.4. OBS: visar det sig att anbud

efter denna prövning inte uppfyller ska-kraven i kvalificering av anbud kommer anbudet ej att prövas i utvärderingen av anbud.”

I AF U 5.2.1 anges följande. Anbud som uppfyller samtliga ska-krav i kvalificeringen samt offererar lägsta pris inom respektive utbildningsområde/inriktning kommer att tilldelas avtalet.

Av AF U 3.1 framgår bl.a. att ”Anbud ska följa förfrågningsunderlaget.”

Under AF A 2.5.1 anges att ”Leverantörens kvalitetsansvarige ska anges i anbudet.”

Under AF A 2.5.2 anges att ”Leverantörens miljöansvarige ska anges i anbudet.”

Förvaltningsrätten konstaterar att formkraven i AF U 3.1 till och med AF U 3.4 måste vara uppfyllda för att ett anbud ska kvalificeras i den aktuella upphandlingen. Av formkraven framgår att anbuden ska följa förfrågningsunderlaget. Enligt förvaltningsrättens bedömning omfattar detta förfrågningsunderlaget i dess helhet, dvs. även AF A 2.5.1 – 2.5.2.

I AF A 2.5.1 – 2.5.2 har kommunerna angett att miljö- och kvalitetsansvariga ”ska anges i anbudet”. Förvaltningsrätten anser att detta inte kan tolkas på annat sätt än som obligatoriska krav.

Det är ostridigt att Astar inte har redovisat de efterfrågade uppgifterna i sitt anbud. Genom att trots det tilldela Astar kontraktet har kommunerna brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Skada

Eftersom Lernias anbud kom på andra plats efter Astars får det förhållandet att kommunerna har antagit Astars anbud i strid med LOU anses ha medfört att Lernia har lidit skada.

Skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU finns därmed. Eftersom bristerna inte är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet är rättelse genom en ny utvärdering på det sätt som framgår av avgörandet en tillräcklig åtgärd. Ansökan om överprövning ska följaktligen bifallas.

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



Eva Beselin



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni 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. 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 nå 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 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.