



SÖKANDE

Folkuniversitetet Stiftelsen Kursverksamheten vid Göteborgs Universitet,
857200-6313

Ombud: Advokat Roger Wier

MOTPART

Nämnden för arbetsmarknad och vuxenutbildning i Göteborgs Stad

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, förkortad
LOU

KONKURRENSVERKE	
2019-04-04	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Nämnden för arbetsmarknad och vuxenutbildning i Göteborgs Stads upphandling av Vuxenutbildning och skräddarsydd kompetensutveckling, dnr 1221/17, ska göras om avseende anbudsområde 1 och 2, anbudsområde 3 ingång 8 samt anbudsområde 6 ingångarna 2-3.

BAKGRUND

Nämnden för arbetsmarknad och vuxenutbildning i Göteborgs Stad (nämnden) genomför en upphandling av Vuxenutbildning och skräddarsydd kompetensutveckling, dnr 1221/17. Upphandlingen är uppdelad i sex olika områden där varje område i sin tur är indelat i olika s.k. ingångar.

Av tilldelningsbeslut den 6 november 2018 framgår att andra leverantörer än Folkuniversitetet Stiftelsen Kursverksamheten vid Göteborgs Universitet (Folkuniversitetet) vunnit upphandlingen avseende anbudsområdena 1 och 2 samt anbudsområde 3 ingång 8 och anbudsområde 6 ingångarna 2-3.

YRKANDEN M.M.

Folkuniversitetet

Folkuniversitetet ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om avseende anbudsområde 1 ingångarna 1-3, anbudsområde 2 ingångarna 1-2, anbudsområde 3 ingång 8 och anbudsområde 6 ingångarna 2-3. Folkuniversitetet anför bl.a. följande.

Upphandlingen har brustit i transparens och likabehandling eftersom nämnden inte på ett tillräckligt tydligt sätt har angett i förfrågningsunderlaget hur utvärderingen kommer att gå till och på vilka grunder ramavtal kommer att tilldelas. Utvärderingsmodellen har lämnat ett så stort utrymme för godtycklighet att leverantörerna saknat möjlighet att förutse vad som skulle tillmätas betydelse vid utvärderingen.

Anbuden har framförallt bestått i en timmes muntlig presentation per ingång inför en grupp personer. De mervärden som beskrivs i upphandlingsdokumentet är mycket kortfattade och generella. Leverantörerna har därefter

fått ett mervärdesavdrag utifrån hur vardera presentationen uppfyller angivet mervärde. Mervärdesavdraget ges i tre olika nivåer som stort mervärde, visst mervärde eller inget mervärde. Det saknas i övrigt information eller vägledning om vilka krav som ställs på presentationerna för att ett visst mervärde ska ges eller vad som utgör miniminivå. Mervärdesavdraget tillsammans med anbudspriset utgör sedan utvärderingspriset som ligger till grund för tilldelningen. Enligt nämnden har de bedömningsmatriser som finns upprättats efter tilldelningsbeslut fattats och av två personer som inte deltagit vid samtliga presentationer. Mervärdenas innehåll har således sannolikt bestämts i efterhand i samband med att bedömningsmatriserna upprättades.

Hela utvärderingen har baserats på den muntliga presentationen som även har spelats in. Enligt uppgift har bedömningsgruppen inte bestått av samma personer för samma ingång för samtliga leverantörer utan sammansättningen har varierat även inom en och samma ingång. Vidare har antalet personer i bedömningsgruppen varierat. Uppmärksamheten har därtill varit obefintlig i vissa fall då gruppmedlem har suttit och sovit under delar av presentationerna. Under en av Folkuniversitetets presentationer blev presentationen därtill avbruten då en av bedömningsgruppens personer fick ett blodsockerfall och tvingades lämna lokalen. Härtill kommer att bedömningspersoner i vissa fall inte har deltagit vid den muntliga presentationen så som anges i upphandlingsdokumentet utan i stället tittat på inspelningen i efterhand. Anbudsgivarna har således inte behandlats lika under presentationerna. Enligt uppgift har inte heller personerna i bedömningsgrupperna på förhand vetat hur utvärderingen ska gå till och vad som ska ge ett mervärde. Personerna i bedömningsgrupperna har inte heller i efterhand vetat hur utvärderingarna har gått till och de har blivit beordrade att inte tala med någon utomstående om hur utvärderingen gått till. Likabehandling vid utvärderingen har därmed omöjliggjorts varför upphandlingen måste göras om.

Utvärderingsmodellen brister i transparens och likabehandling. Den bristande vägledningen har gjort det omöjligt för Folkuniversitetet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Folkuniversitetet har lidit eller riskerat att lida skada till följd av nämndens agerande. Det finns ingen passivitetsregel i LOU.

Folkuniversitetet har även ansökt om anstånd hos förvaltningsrätten för att av nämnden få ut och gå igenom de inspelade presentationerna.

Nämnden

Nämnden anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU. Prövningen av samtliga anbud har genomförts på det sätt som har beskrivits i upphandlingsdokumenten och i enlighet med gällande principer.

I upphandlingsdokumenten beskrivs hur utvärderingen kommer att gå till, vad som klassas som mervärde samt hur mycket respektive mervärde har kunnat ge i form av mervärdesavdrag. Av modellen framgår exakt vilka mervärden som är aktuella per anbudsområde och vad som avses med respektive mervärde. Det måste dock inte framgå exakt vad som krävs för att erhålla en viss poäng eller avdrag. De krav som ställs på en förutsebar utvärderingsmodell innebär inte att en anbudsgivare redan genom att ta del av upphandlingsdokumentet fullt ut ska kunna förutse utfallet av utvärderingen. Nämnden har inte tagit ovidkommande hänsyn eller påtagligt avvikit från de kriterier som angetts i förfrågningsunderlaget. I praxis har också mer komplexa utvärderingsmodeller med vissa subjektiva inslag accepterats när det är mer komplexa tjänster som upphandlas.

Vad Folkuniversitetet har anfört om att någon enskild person ska ha sovit under presentationerna är hörsägen. Att en person i bedömningsgruppen drabbats av ett kraftigt blodsockerfall och tvingats lämna lokalen vitsordas. Det hade inte varit rimligt att i stället låta personen avsvimma helt. Presentationen fick därför stoppas ett par minuter och kunde därefter fortsätta. Folkuniversitetet fick varken mer eller mindre tid för sin presentation än övriga leverantörer och inte heller fick Folkuniversitetet en annan bedömning eller lägre mervärdesavdrag på grund av detta. Personen som drabbades av blodsockerfallet kunde i efterhand ta del av hela presentationen då den spelats in. Även om händelsen är olycklig har den inte inneburit någon särbehandling av Folkuniversitetets anbud. Händelsen utgör inte heller skäl för att hela upphandlingen ska göras om.

Utvärderingsgruppen har före presentationerna fått en gedigen genomgång av hur utvärderingen ska gå till och varje anbud och presentation har utvärderats för sig enligt angivna administrativa bestämmelser, utvärderingsmodell, de upphandlingsrättsliga principerna och LOU i övrigt.

Bedömningsgruppens sammansättning har varit densamma för alla anbud inom samma anbudsområde. För det fall en deltagare inte har kunnat närvara vid en presentation har denne deltagare i stället tagit del av den inspelade versionen i efterhand. Mervärdesavdrag har tilldelats först när samtliga presentationer har genomförts och hela gruppen har kunnat tillgodogöra sig samtliga för gruppen aktuella presentationer. Detta i syfte att säkerställa likabehandling. Bedömningsmatriserna som har publicerats den 14 november 2018 har upprättats dagarna dessförinnan i syfte att öka förståelsen gällande urval och mervärden.

Sammanfattningsvis har det varit möjligt för Folkuniversitetet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Folkuniversitetet har också tilldelats ett flertal mervärdesavdrag. Folkuniversitetet är vidare sedan flera år tillbaka redan leverantör av vuxenutbildning till nämnden och borde därmed ha goda

kunskaper om de aktuella mervärdena eftersom dessa är hämtade från nationella styrdokument ur skollagen och läroplanen för vuxenutbildningen. Folkuniversitetet har inte heller tidigare under upphandlingen ifrågasatt utvärderingsmodellen eller begreppen. Folkuniversitetet har genom sin passivitet inte försökt begränsa sin eventuella skada. Folkuniversitetet kan inte anses ha lidit eller riskerat att lida skada.

Nämnden har även den 28 mars 2019 ansökt om förtursförklaring hos förvaltningsrätten.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU 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 (20 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska

ange grunderna för sin talan (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är i huvudsak om den utvärderingsmodell som nämnden har tillämpat i nu aktuell upphandling har varit så tydlig och förutsägbar för anbudsgivarna att de krav som finns gällande utvärderingsmodeller är uppfyllda eller om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på de grunder som Folkuniversitetet har anfört.

Det är den upphandlande myndigheten som bestämmer vad den önskar upphandla utifrån de behov som föremålet för upphandlingen ska tillgodose. Det innebär också att den upphandlande myndigheten har stor frihet att bestämma den utvärderingsmodell som på ett godtagbart sätt kan leda till att den upphandlade tjänsten eller varan motsvarar det behov som motiverade upphandlingen.

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 LOU och unionsrätten inte träds för när (se RÅ 2002 ref. 50).

Vid upphandling av mer komplexa tjänster kan det vara omöjligt att på förhand fastställa enkla, mätbara variabler som anbudsgivare ska ange och som sedan entydigt kan utvärderas med resultatet att den tjänst eller vara som bäst uppfyller den upphandlande myndighetens behov också rangordnas högst när det gäller kvalitet. En mer komplex utvärderingsmodell med vissa subjektiva inslag kan i sådana sammanhang behövas och har också accepterats i praxis. Det väsentliga är dock att förfrågningsunderlaget i detta avseende är så klart och tydligt utformat att en leverantör på

grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse. Vidare ska utvärderingsmodellen vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas.

Den utvärderingsmodell som redovisas i upphandlingsdokumentet i punkt 2.13 bygger på en mervärdesmodell där en utvärderingsgrupp bedömer anbudsgivarnas utbildningstjänster inom de olika anbudsområdena. För anbudsområde 1-5 anges mervärdena Individanpassningar, Progression/effekt, Kvalitetsuppföljning och Samverkan med arbetslivet. För anbudsområde 6 anges mervärdena Säkerställande av målgruppens behov och förutsättningar, Säkerställande av arbetsgivarens/branschernas behov, Säkerställande av individens lärande och inträde på arbetsmarknaden och Nya sätt för lärande och utveckling.

I upphandlingsdokumentet anges vidare respektive ingångs mervärdesavdrag. Avdrag görs i tre nivåer som stort mervärde, visst mervärde eller inget mervärde t.ex. anbudsområde 1 ingång 1, 11 000 000 kr om presentationen visar att anbudet ger stort mervärde, 5 000 000 kr om presentationen visar att anbudet ger visst mervärde och 0 kr om presentationen visar inget mervärde. Det totala maximala mervärdesavdraget erhålls genom att samtliga mervärden summeras. Utvärderingspriset fås sedan fram genom att anbudspriset minskas med mervärdesavdraget. Hela utvärderingen har skett efter en muntlig presentation där vardera leverantören har haft en timme till sitt förfogande för vardera ingången i anbudsområde 1-5 och en timme för anbudsområde 6. Presentationerna har också filmats. Endast de anbud som uppfyllt samtliga i upphandlingsdokumentet med tillhörande bilagor ställda krav har gått vidare till utvärderingsfasen.

Med hänsyn till upphandlingsföremålets karaktär av utbildningstjänster anser förvaltningsrätten att nämnden har haft rätt att använda en mer öppen kravställning och utvärderingsmodell. När det däremot gäller betygssättningen så ges ingen ledning i förfrågningsunderlaget om vad som utgör en faktisk miniminivå för vad som minst kan förväntas för att målsättningen med utbildningen ska uppnås och vad som därutöver utgör ett mervärde. Anbudsgivarna har endast fått information om vilken poängskalan är och vilket avdrag det genererar för respektive ingång i anbudsområdet. Det ges heller ingen ledning för vad som tillmäts betydelse för att anbudsgivarna ska få ett visst betyg eller vilken skillnaden är mellan olika betyg. Den aktuella betygssättningen har därmed öppnat upp för en alltför stor godtycklig bedömning från nämndens sida. Betygssättningen har således gett nämnden ett stort mått av fri prövningsrätt och poängsättningen har inte kunnat förutses av anbudsgivarna (jfr Kammarrätten i Stockholms domar den 27 januari 2017 i mål nr 5053-16 och 6086-16 respektive den 15 mars 2017 i mål nr 4063-16).

Förvaltningsrätten anser därmed att den aktuella betygssättningen och därmed utvärderingsmodellen strider mot principerna om likabehandling och transparens. Folkuniversitetet har därmed inte kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud vilket har medfört att Folkuniversitetet har lidit eller riskerat att lida skada. Då bristerna hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen ska upphandlingen göras om i nu aktuella delar. Överklagandet ska därför bifallas i enlighet med ansökan.

Med hänsyn till utgången i målet saknas det skäl att pröva de övriga invändningar som Folkuniversitetet har anfört. Det saknas även skäl att invänta att Folkuniversitetet ska komma in med eventuellt ytterligare underlag från de muntliga presentationerna. Eftersom målet avgörs direkt i sak saknas även skäl att pröva nämndens yrkande om förtursförklaring.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Karin Hansson

Tf. rådman

Föredragande i målet har varit Lena Rehnberg.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.