



SÖKANDE

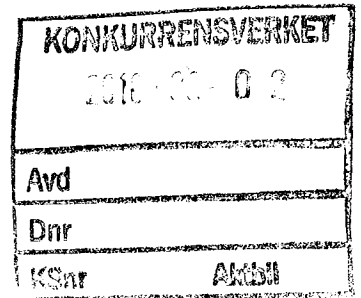
Psykologpartners W&W AB, 556592-5368
S:t Larsgatan 30
582 24 Linköping

MOTPART

Örnköldsviks kommun
891 88 Örnköldsvik

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Örnsköldsviks kommun (kommunen) genomför upphandling av arbetslags- och ledarutveckling (dnr A17-016 F). Upphandlingen genomförs med selektivt förfarande i två steg med ansökningsinbjudan och därefter urval av vilka som fått komma in med anbud. I anbudsinbjudan preciseras selekteringskriterierna, varvid anges att om det kommer in fler än fem ansökningar kommer en selektering att genomföras och de fem ansökningar som får bäst poäng kommer att bjudas in till anbudsgivning. Vidare anges att vid samma poäng och det totala antalet sökande överstiger fem gäller lottnings. Det anbud som slutligen ska antas är det som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till bästa förhållande mellan pris och kvalitet.

Av utvärderingsprotokollet framgår att 16 anbudsansökningar kom in, däribland ansökan från Psykologpartners W&W AB (Psykologpartners). Fem av dessa kvalificerades till steg 2, med angivande att referensuppdragen var i storlek och paritet med de uppdrag som leverantören förväntas leverera. Fem anbud kom sedan in från dessa, varav fyra angetts inte vara aktuella. Psykologpartners anbud har inte kvalificerats till att få lämna anbud i steg 2. Tilldelningsbeslut meddelades den 12 oktober 2017.

YRKANDEN M.M.

Psykologpartners ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Till stöd för ansökan anförs i huvudsak följande.

Kommunen har frångått de kriterier för selektering av anbudsansökningar som de själva beskrivit i upphandlingsdokumenten. Kommunen har därmed brutit mot den grundläggande principen om transparens. De selekteringskriterier som kommunen faktiskt har använt avviker från de som angetts i ansökningsinbjudan. De alternativa selekteringskriterier som använts i upphandlingen har inte tillämpats på ett rättvist eller relevant vis. Då det i prak-

tiken har varit omöjligt att förutse hur urvalet av inbjudna anbudsgivare ska gå till har det i praktiken inneburit en otillåten fri prövningsrätt för kommunen. Det är därför högst oklart på vilka grunder de anbudsansökningar och anbud som inte gick vidare eller vann upphandlingen har sorterats bort. På grund av kommunens agerande har Psykologpartners inte beretts möjlighet att lämna anbud i upphandlingen, och har lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

Förutsättningarna för upphandlingens steg 1 anges i dokumenten Skakrav och Anbudsinbjudan gällande arbetslagsutveckling A 17-016 F. I anbudsinbjudan beskrivs närmare hur prövningen av anbudsansökningarna ska gå till och hur ansökningarna/referensuppdragen ska poängsättas. På de referensuppdrag som skulle poängsättas ställdes även ska-krav i dokumentet Skakrav. I utvärderingssammanställning beskrivs hur selekteringen till steg 2 utförts, genom att "Beställaren valde ut fem ansökningar där referensuppdragen var i storlek och paritet med det uppdrag som leverantören förväntas leverera. De fem anbuderna kvalificerades till steg 2." Det beskrivna tillvägagångssättet skiljer sig från vad som beskrivits i dokumentet Skakrav, där det framgår att de ansökningar som ges högst poäng ska gå vidare till steg 2, samt i ansökningsinbjudan där det framgår att poängsättningen ska baseras på vilken referent som referensuppdragen utförts för, där kommun eller kommunala bolag ger maximal poäng. I det utvärderingsprotokoll som efter begäran skickats till Psykologpartners anges att nio ansökningar nått maximalt poängantal på sina referensuppdrag. I stället för att lotta vilka av dessa som skulle gå vidare till steg 2, så har kommunen anmärkt att fyra av ansökningarna har "För små referensuppdrag i jämförelse med det uppdrag vi har". Psykologpartners anbud har också fått maximal poäng efter att ha påtalat ett fel vid poängsättningen. Psykologpartners fick också anmärkningen om för små referensuppdrag. Om den selekteringsprocess som beskrivits hade följts så skulle en rättelse av leverantörs poäng leda till att en ny lottning till steg 2 skulle behöva ske.

Ingen minimal eller maximal storlek/omfattning på referensuppdragen har angetts i upphandlingsdokumenten. På fråga om detta har kommunen lyft fram avsnitt 1.1 i dokumentet Skakrav, samt senare avsnittet "Omfattning" från anbudsinbjudan. Psykologpartners konstaterar att de avsnitt som kommunen hänvisar till som stöd för den reviderade selekteringsprocessen inte är några skakrav. Kommunens tillvägagångssätt innebär att bestämmelsen i 4 kap. 6 § LOU har frångåtts.

Vidare har de alternativa selekteringskriterierna inte tillämpats på ett rättvist och relevant sätt. I ansökningsinbjudan har inte tydliggjorts om det maximala poängantalet för bedömning av referensuppdragen var 6 poäng (3 poäng för vardera av de två referensuppdrag som krävdes) eller om ytterligare referensuppdrag kunde ge högre maxpoäng. Fråga ställdes därför om det är ett värde i utvärderingen att lämna fler referenser än de två som minst krävdes. Kommunen har då svarat "Anbudslämnaren väljer själv om man lämnar fler referenser men minst 2 stycken ska lämnas. Det är inget mervärde i att lämna fler. Det framgår av Ansökningsinbjudan hur poängsättning av referenser sker samt hur selekteringen kommer att ske." Då utvärderingsprotokollet inte tydliggör vilka referensuppdrag som poängsätts eller bedömts för de leverantörer som kommit in med fler än två stycken så uppstår svårigheter i att utvärdera hur kommunens utvärderingsprocess gått till. Utifrån uppgifter som kommunen lämnat om det slutligen antagna anbudet, som lämnat fler än två referenser, är det oklart hur kommunen gått till väga när referensuppdragens omfattning bedömts. Var gränsen går för att referensuppdragen ska anses tillräckliga för att en leverantör ska gå vidare till steg 2 är otydligt, och det är fullt möjligt att kommunen inte tittat på antalet timmar som uppdraget utförts utan i stället på någon annan tids/omfattningsrelaterad faktor, såsom över hur lång tid uppdraget utförts.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför följande. Psykologpartners var en av de anbudssökande som inte blev inbjuden att lämna anbud. I förutsättningarna framgår tydligt att maximalt fem anbudsansökningar skulle väljas ut att få lämna anbud. Av punkten 1.1 Krav framgår att "Leverantören ska ha erfarenhet av liknande uppdrag. Anbudsgivaren ska under den senaste treårsperioden genomfört minst två (2) uppdrag i liknande miljöer. Med liknande miljöer menas att uppdragen ska ha utförts till beställare i likvärdig storlek samt med liknande typ av organisationsuppbyggnad".

Psykologpartners har lämnat två referenser. Den ena är ett kommunalt bolag med cirka 60 anställda, och uppfyller inte kraven på liknande miljöer och likvärdig storlek samt med liknande typ av organisationsuppbyggnad. Detta innebär att Psykologpartners inte uppfyller skakraven och därmed ej är kvalificerade att komma in med anbud. Då Psykologpartners inte kvalificerat sig att komma in med anbud kan de inte heller komma att lida skada.

Psykologpartners har härefter anført bl.a. följande. Selektion i denna upphandling innebär att referensuppdragen poängsätts enligt de kriterier som anges i ansökningsinbjudan. Psykologpartners anbudsansökan har gått vidare till selekteringsfasen, vilket visas genom att kommunen poängsatt Psykologpartners referensuppdrag. Om Psykologpartners anbudsansökan inte hade kvalificerats enligt de ställda kraven så hade det inte funnits någon anledning att poängsätta referensuppdragen, då det var en del av selektionen som enbart skulle omfatta kvalificerade anbud.

Vidare anges att ett referensuppdrag erhåller maximal poäng i selektionen om det utförts för kommun/kommunalt bolag. Enligt vad kommunen anför så uppfyller inte Psykologpartners referens från ett kommunalt bolag kraven på liknande miljöer, likvärdig storlek eller liknande typ av organisationsuppbyggnad. Vad avser liknande miljöer och liknande typ av organisationsuppbyggnad så är det naturligtvis rätt att ett kommunalt bolag inte har lik-

nande miljö eller organisationsuppbyggnad som en politiskt styrd kommun. Det faller dock på sin egen orimlighet att en referens från ett kommunalt bolag både ger maximal poäng enligt selekteringskriterierna, och samtidigt automatiskt är diskvalificerande enligt ska-kraven. Generellt är inte heller kommunala bolag lika stora som kommuner. Ingenstans i upphandlingsdokumenten har kommunen klargjort hur stor en referent behöver vara för att referensuppdraget ska godkännas, vilket gör kriteriet svårt att tolka och uppfylla.

Kommunen har beretts möjlighet att yttra sig över vad Psykologpartners har anfört. Kommunen har åter anfört att urvalet gjordes enligt förfrågningsunderlaget, där krav ställts att två referensuppdrag från liknande organisationer skulle presenteras. Psykologpartners valde två referensuppdrag varav det ena inte stämmer överens med de uppdrag som efterfrågats avseende storlek och organisation.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

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 § 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. 4 och 6 §§ LOU).

Vid ett selektivt förfarande får alla leverantörer efter en anbudsinfordran enligt 10 kap. 1 § ansöka om att få delta genom att lämna de uppgifter som

den upphandlande myndigheten begärt för urvalet. De anbudssökande som myndigheten bjuder in får lämna anbud (6 kap. 3 § LOU).

När en upphandlande myndighet använder ett selektivt förfarande får den begränsa antalet anbudssökande som får lämna anbud. Den upphandlande myndigheten ska i annonsen eller inbjudan att bekräfta intresse ange dels de kriterier och regler som den kommer att tillämpa vid valet av anbudssökande som ska få lämna anbud, och dels det lägsta antal anbudssökande som kommer att få lämna anbud och, i förekommande fall, det högsta antal som kommer att bjudas in (4 kap. 6 § LOU).

Utredningen i målet

I bilaga Skakrav anges bl.a. följande:

1.0 Erfarenhet

1.1 Krav

Leverantören ska ha erfarenhet av liknande uppdrag. Anbudsgivaren ska under den senaste treårsperioden genomfört minst två (2) uppdrag i liknande miljöer. Med liknande uppdrag och liknande miljöer menas att uppdragen ska ha utförts till beställare i likvärdig storlek samt med liknande typ av organisationsuppbyggnad.

3.0 Referenser

Om det kommer in fler än fem (5) ansökningar kommer en selektering att genomföras och de fem (5) ansökningarna som får bäst poäng (5) kommer att bjudas in till anbudsgivning. Se ansökningsinbjudan för information om poängsättning.

3.1 Krav

I svarsbilagan (alternativt) ska en förteckning lämnas med beskrivning av referenser hos minst två (2) beställare under de senaste tre (3) åren.

Förteckningen ska innehålla:

- omfattning
- tidpunkt
- namn på myndighet, företag eller motsvarande.

Av Ansökningsinbjudan gällande arbetslagsutveckling framgår bl.a. följande. Beställare är Örnsköldsviks kommun med 5 500 anställda, och det kommunalt ägda bolaget Miljö- och vatten i Örnsköldsvik AB med cirka 100 anställda. Omfattningen av uppdraget kan komma att uppnå cirka 1 000 timmar per år. Kravbilden som ställs i upphandlingen utgår från tidigare behov och förväntade framtida uppdrag inom samma kategori.

Vidare anges bl.a. följande angående kvalificering och selektering:

En grundförutsättning för att en lämnad anbudsansökan ska kunna beaktas är att anbudsansökande uppfyller samtliga ska-krav. Anbudsansökningar som inte uppfyller ska-kraven eller innehåller reservationer kommer att förkastas.

Prövningar av anbudsansökningar kommer att genomföras på följande sätt:

- anbudsansökningar kvalificeras genom att kraven på anbudssökande prövas. Selektion sker om fler än fem ansökningar inkommit.

Maximalt fem (5) anbudssökande, de fem (5) anbudssökande som får högst totalpoäng i selektionen kommer att bjudas in att lämna anbud i denna upphandling.

Selekteringskriterier:

Som grund för selektion av anbudsansökningarna kommer följande att gälla.

Referensuppdrag som utförts till annan än offentlig sektor ger 0 poäng.

Referensuppdrag som utförts till offentlig sektor, annan än kommun/kommunalt bolag ger 1 poäng.

Referensuppdrag som utförts till kommun/kommunalt bolag ger 3 poäng.

Om några av de anbudssökande tilldelas samma poäng och det medför att det totala antalet sökande överstiger fem (5), gäller lottnings.

I Motivering till beslut i upphandling av Arbetslags- och ledarskapsutveckling anges bl.a. följande:

Anbudsansökningar

Sjutton anbudsansökningar inkom, fem anbud kvalificerades till att få lämna anbud.

Beställaren valde ut fem ansökningar där referensuppdragen var i storlek och paritet med det uppdrag som leverantören förväntas leverera. De fem anbuden kvalificerades till steg 2.

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som bär upp denna lagstiftning samt att den som begär omprövning lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens brott mot LOU. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till vad sökanden har anfört till stöd för sin talan (jfr RÅ 2009 ref 69).

Psykologpartners har anfört att kommunen inte har följt de kriterier för selektering av anbudsansökningar beskrivs i upphandlingsdokumenten, med poängsättning utifrån angivna referensuppdrag och därefter lottning om fler än fem anbudsansökningar kommit in. Psykologpartners menar att man i stället bedömt storlek och paritet på referensuppdragen, vilket inte anges i anbudsinvjudan. Kommunen har på sin sida uppgett att Psykologpartners anbud inte kvalificerade sig för att gå vidare till selektering då det ena referensuppdraget som Psykologpartners angett, ett kommunalt bolag, inte uppfyller kommunens krav på omfattning och typ av organisationsuppbyggnad. Psykologpartners har mot detta anfört att deras anbud har kvalificerats då lämnade referensuppdrag har poängsatts, och att det är orimligt att ett referensuppdrag från ett kommunalt bolag som ger maximal poäng vid selektering samtidigt är automatiskt diskvalificerande enligt ska-kraven.

Av principen om likabehandling följer att anbudsgivarna ska ges lika möjlighet att utarbeta sina anbud och att de ska behandlas lika när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten. Förfrågningsunderlaget ska vara

utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Varje leverantör ska därmed med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kunna bilda sig en uppfattning av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas. 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 EU-rätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlingen är avsedd att genomföras i två steg med ett selektivt förfarande. Anbudsansökningarna ska i första hand uppfylla ett ska-krav gällande erfarenhet av liknande uppdrag. Därefter ska, om fler än fem anbudsansökningar kommit in, kommunen i enlighet med vad som angetts i ansökningsinbjudan genomföra en selektering av de inkomna anbudsansökningarna. Selektionen skulle ske genom poängsättning utifrån för vilken organisation de angivna referensuppdragen utförts.

Det krav avseende anbudsansökande leverantörers erfarenhet som inledningsvis ställs anger att leverantörerna under den senaste treårsperioden ska ha genomfört minst två uppdrag för beställare i likvärdig storlek och med liknande typ av organisationsuppbyggnad. I ansökningsinbjudan har kommunen också lämnat uppgift om antal anställda i kommunen (5 500 anställda) och i det kommunala bolag som också är beställare (100 anställda). Slutligen anges att uppdraget kan komma att uppgå till cirka 1 000 timmar per år.

Avseende selekteringskriterier för det fall att fler än fem anbudsansökningar kvalificerat sig anges att referensuppdragen kommer att poängsät-

tas med 0, 1 eller 3 poäng beroende på om uppdraget uppförts för uppdragsgivare utanför offentlig sektor, för uppdragsgivare inom offentlig sektor som inte är en kommun eller ett kommunalt bolag, eller om uppdragsgivaren är en kommun eller ett kommunalt bolag (högst poäng).

Av handlingarna i målet framgår att Psykologpartners har angett två referensuppdrag, varav det ena är ett uppdrag som utförts för ett kommunalt bolag med cirka 60 anställda. Kommunen har uppgett att detta referensuppdrag inte stämmer överens med de uppdrag som efterfrågats avseende storlek och organisation.

Mot denna bakgrund, där det saknas närmare uppgift om vad kommunen anser vara ett likvärdigt uppdrag sett till uppdragets omfattning, och där just referensuppdrag utfört för kommunalt bolag skulle ge maximal poäng enligt selekteringskriterierna, framstår det som oklart vilka krav som ställts på att referensuppdrag ska uppfylla kravet på att vara "liknande" i bilaga Skakrav 1.1. Kommunen har inte anfört något som förklarar denna otydlighet.

Det är vidare oklart om kommunen faktiskt genomfört en selektering eller inte, då samtliga inkomna anbudsansökningar åsatts poäng i utvärderingsprotokollet men flera av dessa, som fått maximal poäng, också anmärkts med kommentaren "För små referensuppdrag i jämförelse med det uppdrag vi har". Det framgår i vart fall inte på något sätt att någon av anbudsgivarna uteslutits dessförinnan. Förvaltningsrätten anser sammantaget att Psykologpartners påvisat en sådan otydlighet i upphandlingsdokumenten med avseende på skakravet gällande erfarenhet och hur det tillämpats av kommunen, att det kommit fram att Psykologpartners i vart fall har riskerat att lida skada. Då den otydlighet avseende skakrav som Psykologpartners påvisat är hänförligt till det konkurrensuppsökande

skedet, föreligger grund för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen genom att besluta att upphandlingen ska göras om.

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



Robert Dalman

rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Gunilla Lavås.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten. Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuellt annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.