



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM

2019-04-04

Meddelad i Göteborg

Sida 1 (11)

Mål nr

13545-18

| | |
|------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2019-04-04 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

SÖKANDE

Lernia Utbildning AB, 556467-3381

Ombud: Advokat Mikael Engström och jurist Fanny Fernlöf

MOTPART

Nämnden för arbetsmarknad och vuxenutbildning i Göteborgs Stad

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Nämnden för arbetsmarknad och vuxenutbildning i Göteborgs Stads upphandling av Vuxenutbildning och skraddarsydd kompetensutveckling, dnr 1221/17, ska göras om avseende anbudsområdena 1, 2, 3 och 6.

Dok.Id 594866

Postadress

Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress

Sten Sturegatan 14

Telefon

031 - 732 70 00

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax

031 - 711 78 59

Expeditionstid

måndag–fredag
08:00–16:00

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 Lernia Utbildning AB (Lernia) vunnit upphandlingen avseende anbudsområde 1, 2, 3 och 6.

YRKANDEN M.M.

Lernia

Lernia ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om avseende anbudsområde 1, 2, 3 och 6. Lernia anför bl.a. följande.

Nämnden har utformat och genomfört utvärderingen på ett godtyckligt och oförutsebart sätt i strid med principerna om likabehandling och transparens. Det framgår inte av underlaget vad som tillmätts betydelse vid den mervärdesbedömning som resulterat i s.k. mervärdesavdrag. Det framgår inte heller vad som skiljer de olika nivåerna av mervärdesavdrag åt. Detta har inte heller kunnat utläsas i efterhand genom utvärderingsprotokoll eller därtill hörande anteckningar. Liknande utvärderingsmodeller rörande vuxenutbildning har tidigare underkänts i praxis.

Det går inte av upphandlingsdokumentet eller handlingarna efter avslutad upphandling att förstå vad nämnden har tillmätt betydelse vid utvärderingen. Inte heller utifrån de senare upprättade bedömningsmatriserna går detta att utläsa. Begreppet mervärde är som sådant diffust och nämnden har inte

närmare definierat vad som avses. De angivna utvärderingskriterierna ger ingen närmare vägledning av vad som efterfrågas. För att leverantörerna ska kunna utforma sina anbud på bästa sätt krävs något klargörande av vad nämnden anser är bra när det gäller t.ex. kvalitetsuppföljning. Oklarheterna är särskilt allvarliga i en upphandling som den aktuella där ”mervärdet” har haft en direkt avgörande betydelse för vilka leverantörer som tilldelats avtal. Nämnden har på detta sätt tillskapat sig en i det närmaste fri prövningsrätt vilket klart står i strid med principerna om transparens och likabehandling.

Av upphandlingsdokumenten framgår inte heller vad som skiljer de olika betygsnivåerna åt. Det har därmed inte gått att förutse vad som krävs för att erhålla ett visst betyg. Det finns inga angivna underkriterier eller någon annan information om vad som t.ex. kan ge ett stort mervärde.

Utvärderingsmodellens otydlighet visar sig inte minst genom att bolaget har fått vitt skilda mervärdesavdrag i olika ingångar för samma eller snarlika beskrivningar när det t.ex. gäller kvalitetsuppföljning. Kvalitetsuppföljning är normalt sett ett system som genomsyrar hela verksamheten och därmed densamma oavsett ingång i upphandlingen. Trots detta har bolagets kvalitetsuppföljning fått olika mervärdesavdrag i olika ingångar.

Uppenbarligen har även deltagarna i bedömningsgrupperna haft svårt att få en samsyn på vad som efterfrågas och hur bedömningen ska gå till. Att nämnden inte heller i efterhand kan redogöra för hur bedömningen har gått till och vad som gett ett visst mervärde omöjliggör i sig en kontroll om utvärderingen har skett objektivt och korrekt och är en omständighet som måste ligga nämnden till last.

De fåtal förhållanden som man kan utläsa att nämnden har fäst vikt vid är inte förhållanden som har framgått av upphandlingsdokumenten. Av utvärderingsrapporterna kan också utläsas att flera leverantörer har haft problem med att förstå vad som efterfrågas. Till exempel har endast 20 procent av leverantörerna i anbudsområde 6 ingång 3 tilldelats något

poäng överhuvudtaget. Detta är minst sagt uppseendeväckande då det är fråga om flera erfarna och välkända leverantörer med mångårig erfarenhet av det som efterfrågas. Att samtliga dessa leverantörer så grovt skulle ha misslyckats med att lämna in en offert på efterfrågat område framstår som uteslutet.

Nämnden har även lagt annat underlag till grund för utvärderingen än vad som föreskrivits i upphandlingsdokumentet då man har begärt in presentationsmaterialet efter sista anbudsdag och sedan baserat sin utvärdering på detta. I upphandlingsdokumentet har det endast angetts att presentationsmaterialet ska utgöra en del av anbudet men inte att det ska ligga till grund för utvärderingen. Förutsättningarna för utvärderingen har därmed ändrats på väsentligt sätt i strid med principerna om likabehandling och transparens.

När det gäller anbudsområde 6 har leverantörerna tilldelats olika lång presentationstid. I upphandlingsdokumentet angavs att vardera leverantören skulle få en timme på sig för sin presentation för vardera ingång som anbud hade lämnats i. För anbudsområde 6 ändrades dock detta genom frågor och svar då det den 25 juni 2018 angavs att presentationen för detta avtalsområde skulle vara en timme oavsett antal ingångar man hade lämnat anbud i. Detta innebär att bolaget som lämnat anbud i tre ingångar fick 20 minuter per ingång för presentation medan en leverantör som endast lämnat anbud i en ingång fick en timme för den presentationen. Anbudsgivarna har således getts olika förutsättningar. Det finns inga objektiva skäl för denna olikbehandling. Nämndens agerande har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada eftersom bolaget annars hade kunnat utforma ett mer konkurrenskraftigt anbud. Att resultatet av utvärderingen inte genomgående visar sämre betyg för de leverantörer som lämnat anbud i flera ingångar innebär inte att leverantörerna inte har behandlats olika.

Även prissättningen i anbudsområde 6 har hindrat bolaget från att lämna det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Anbudsområde 6 består av tre olika ingångar och kontrakt tecknas för respektive ingång. Trots detta har endast ett pris kunnat lämnas för anbudsområdet i dess helhet. Med hänsyn till att vardera ingången betingar olika prissättning har detta omöjliggjort för bolaget att lämna ett så fördelaktigt anbud som möjligt. Det är affärsmässigt orealistiskt att sätta ett och samma pris i de olika ingångarna då ingångarna rör vitt skilda karaktärer som kräver vitt skilda kompetenser och resurser. Det skiljer också 610 procent mellan det högsta och det lägsta lämnade anbudspriset i detta anbudsområde vilket visar att vissa leverantörer lämnat ett medelpris medan vissa har lämnat ett totalpris. Kravet på ett pris i anbudsområde 6 är därmed olikbehandlande och konkurrensbegränsande.

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 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.

Att Lernia tilldelats olika nivåer av mervärdesavdrag för samma mervärde är rimligt utifrån den valda utvärderingsmodellen. Eftersom varje presentation (ingång) har utvärderats för sig har det som en anbudsgivare tidigare uppgett inte kunnat läggas till gagn för samma leverantörs nästa presentation i en annan ingång. Detta gäller oavsett om leverantören uppgett likartade uppgifter vid båda tillfällena. De olika ingångarna skiljer sig också åt på flera områden vilket medför olika mervärden.

Att merparten av anbudsgivarna inom anbudsområde 6 ingång 3 har erhållit låga nivåer av mervärdesavdrag beror på att anbudsgivarna inte har lyckats belysa aktuella mervärden utifrån aktuellt anbudsområde och ingång.

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. Efter varje presentation har bedömningsgrupperna haft 20 minuter avsatta för summering och varje enskilt mervärdesavdrag har lämnats i konsensus från den grupp som har genomfört utvärderingen i respektive ingång. Det har inte vid något tillfälle framkommit att bedömningsgruppernas deltagare skulle vara ovetande om mervärdena eller vad presentationerna har syftat till. Lernia har även tilldelats flertalet mervärdesavdrag vilket indikerar att man har förstått vad som kunde ge ett mervärde. Lernia är också sedan flera år tillbaka befintlig utbildningsanordnare hos nämnden.

Nämnden har inte lagt annat material än vad som föreskrivits i upphandlingsdokumenten till grund för utvärderingen. I upphandlingsdokumenten anges att utvärderingen baseras på presentation och eventuellt presentations-

material. Det är också detta material som nämnden har baserat sin utvärdering på.

Samtliga anbudsgivare har haft lika lång tid för presentationen av anbudsområde 6. Det går inte att utläsa av resultatet att detta ska ha gynnat de leverantörer som endast har lämnat anbud i en ingång. Lernia tillsammans med andra leverantörer som också har lämnat anbud på tre ingångar har fått fler mervärdesavdrag inom anbudsområde 6 än vad en leverantör som endast lämnat anbud på en ingång har fått.

När det gäller prissättningen på anbudsområde 6 har förutsättningarna lämnats i en prismatris. Det är korrekt att endast en prismatris har efterfrågats för hela anbudsområdet oavsett antal ingångar som leverantören har lämnat anbud i. Av prismatrisen för anbudsområde 6 framgår klart att nämnden efterfrågar ett pris per deltagartimma för skräddarsydd kompetensutveckling, inte ett timpris per ingång. Nämnden kan inte se hur detta hindrar Lernia från att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Skräddarsydd kompetensutveckling ersätts enligt nuvarande avtal med ett timpris oavsett vilken typ av insats det är fråga om. Att endast begära ett timpris oavsett ingång kan därmed inte anses vara felaktigt. Lernia har kunnat lämna anbud, övriga leverantörer har kunnat lämna anbud och Lernia har inte heller ställt några frågor angående hur prissättning skulle ske. Lernia får således anses ha haft möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud även gällande anbudsområde 6.

Sammanfattningsvis har det varit möjligt för Lernia att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Lernia har också tilldelats ett flertal mervärdesavdrag. Lernia har inte under upphandlingen ifrågasatt utvärderingsmodellen eller någon annan av de otydligheter man nu menar finns. Lernia har genom sin passivitet inte försökt begränsa sin eventuella skada. Lernia 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 Lernia 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 betygsättningen har därmed öppnat upp för en alltför stor godtycklig bedömning från nämndens sida. Betygsättningen 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 betygsättningen och därmed utvärderingsmodellen strider mot principerna om likabehandling och transparens. Lernia har därmed inte kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud vilket har medfört att Lernia 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 Lernia har anfört. 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 avvisar 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.

