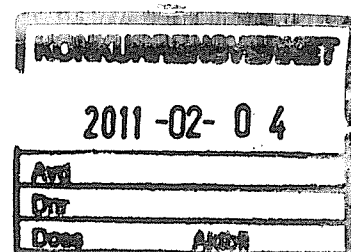




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2011-02-03
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
21377-10 E
Enhet 2:2

**SÖKANDE**

Lysande Utsikter AB, 556636-1035
Box 1007
851 11 Sundsvall

Ombud: Advokat Jon Kihlman, Gärde Wesslau Advokatbyrå
Box 7253, 103 89 Stockholm

MOTPART

Göteborgsregionens kommunalförbund
Box 5073
402 22 Göteborg

Ombud: Advokat Anders Nilsson, Advokatfirman Lindahl KB,
Box 11911, 404 39 Göteborg

SAKEN

Överprövning av avbruten upphandling enligt lagen (2007:1091) om
offentlig upphandling; förkortad LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Göteborgsregionens kommunalförbund (GR) har genomfört en offentlig upphandling avseende UGL-utbildning. Sedan GR lämnat tilldelningsbesked har GR den 20 december 2010 beslutat att avbryta upphandlingen, dnr 10-157.725.

YRKANDEN MM

Lysande Utsikter AB (bolaget) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att GRs beslut att avbryta upphandlingen av UGL-utbildning (dnr. 10-157.725) är ogiltigt samt att GR därför ska fullfölja upphandlingen och fatta ett nytt tilldelningsbeslut. – Bolaget framför bland annat följande. Beslutet att avbryta upphandlingen vilar inte på sakligt godtagbara skäl och strider därför mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Beslutet är därför ogiltigt. Bolaget kan komma att lida skada om upphandlingen avbryts. – Efter det att tilldelningsbeslut meddelats visade det sig att en av Lysande Utsikter AB:s referenser visserligen hade kommit GR till handa, men hade fastnat i dess spam-filter och således inte varit tillgängligt inför tilldelningsbeslutet. En utvärdering med beaktande av även den referensen skulle ha medfört att Lysande utsikter AB hade tilldelats kontraktet. När detta uppdagades återkallade GR tilldelningsbeslutet och bjöd i stället in bolaget och Strategisk arbetsmiljö Blidberg AB, som tidigare förklarats vinnare av upphandlingen, till varsin intervju. Bolaget ifrågasatte syftet med intervjun eftersom den visserligen fanns angiven i förfrågningsunderlagets p. 3.1, men inte utgjorde kriterium för vare sig kvalificering eller utvärdering och således inte på något sätt kunde påverka tilldelningsbeslutet. GR meddelade därefter att intervjun hade ställts in och att det skulle ”återkomma med vidare beslut om upphandlingens utfall”. – Det står i princip en upphandlande enhet fritt att besluta om att påbörja en upphandling och som en konsekvens av detta även att avbryta den. Rätten att avbryta en upphandling har emellertid begränsats genom att ett sådant beslut måste vila på sakligt godtagbara skäl. Av praxis

(se EG-domstolens avgöranden i mål C27/98, C 92/00, och C244/02 samt Regeringsrättens avgöranden i RÅ 2008 ref 35 samt i mål 4237-07) framgår att de skäl som har godtagits är objektivt konstaterbara och i huvudsak hänförliga till omständigheter som den upphandlande enheten inte råder över. – GR har motiverat beslutet att återkalla upphandlingen med att ”vissa av de kriterier som legat till grund för utvärderingen inte är tillräckligt klart definierade och att det kan ifrågasättas om kriteriet Erfarenhet får användas som utvärderingskriterium på sätt som skett”. Det är emellertid uppenbart att GR så sent som den 3 november i stället ansåg att samtliga kriterier var tillräckligt klart definierade och att kriteriet Erfarenhet fick användas på angivet sätt samt att det därtill saknades anledning att bjuda in till intervju. Såvitt framgår av förfrågningsunderlaget är Erfarenhet inget självständigt utvärderingskriterium (jfr p. 5.1 – p. 5.4) med egenpoängsättning, utan bara en bland flera komponenter för bedömningen av bemanningen. Erfarenhet torde därtill vara ett både vanligt och lämpligt krav att ställa i den här sortens upphandling. – Det torde ankomma på en upphandlande enhet som avbryter en upphandling att motivera beslutet på ett sätt som uppfyller kravet att beslutet ska vila på sakligt godtagbara skäl. Om de angivna motiven inte uppfyller kravet torde det vara uteslutet att beslutet faktiskt vilar på sakligt godtagbara skäl. Den av GR lämnade motiveringen är så vag att den i praktiken inte ens redovisar några skäl och – naturligt nog – än mindre några sakligt godtagbara sådana. – Mot bakgrund av att inte ens de av GR redovisade skälen för beslutet att avbryta upphandlingen uppfyller de krav som ställts upp i praxis, är det rimligt att anta att inte heller eventuella bakomliggande skäl – ehuru inte uttryckta – uppfyller kravet. Beslutet strider således mot 1 kap. 9 § LOU och ska därför ogiltigförklaras.

GR bestrider bolagets yrkande och framför att beslutet att avbryta den aktuella upphandlingen är baserat på sakligt godtagbara skäl och står därmed inte i strid med tillämpliga regler i lagen om offentlig upphandling. – GR framför i huvudsak följande. GR har motiverat sitt beslut att avbryta upphandlingen med att vissa av de kriterier som legat till grund för utvärde-

ringen inte är tillräckligt klart definierade och att det kan ifrågasättas om kriteriet "Erfarenhet" får användas som utvärderingskriterium på sätt som skett. Det noteras att där det i beslutet står kriteriet "Erfarenhet" rätteligen skulle ha stått kriteriet "Förmåga/Referenser". – GR har funnit skäl att överväga huruvida de uppställda utvärderingskriterierna är i enlighet med LOU och att utformningen av dem säkerställer att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Kriterierna "Anbudsgivarens bemanning", "Omfattning" och "Förmåga och Referenser" torde sannolikt vara för oklart definierade i förfrågningsunderlaget för att anbudsgivarna på ett tillfredsställande sätt ska kunna bilda sig en tillräckligt klar uppfattning om vad som kommer att föranleda ett bättre eller sämre omdöme i utvärderingen. Denna bild bekräftas i den genomförda utvärderingen där det visat sig vara svårt att på ett rättvist sätt jämföra innehållet i de olika anbuden mot hur de olika kriterierna presenterats i förfrågningsunderlaget, vilket medför att det blir omöjligt att helt undvika inslag av skönsmässighet i utvärderingsmomentet. – När det gäller utvärderingskriteriet "Förmåga och Referenser" är förfrågningsunderlaget inte helt tydligt när det gäller hur många referenser som ska inges och hur många referenser som kommer att utvärderas. Vid utvärderingen har mellan en och sju referenser utvärderats. Att så skulle kunna komma att ske framgår måhända inte på ett tillfredsställande sätt i förfrågningsunderlaget. – När det gäller utvärderingen av referenser finns idag fast praxis som säger att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivarna förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av leveransen i fråga, inte kan anses utgöra utvärderingskriterier. För att kriteriet "Referenser" ska få användas som ett utvärderingskriterium ska det användas för att utvärdera själva föremålet för kontraktet. – Av anbudsformuläret framgår att frågorna som ställts till referenspersonerna snarare avser anbudsgivarnas mer allmänna kvalifikationer än föremålet för kontraktet. Kriteriet "Förmåga och Referenser" borde inte ha använts som ett utvärderingskriterium i upphandlingen. Flera av de i upphandlingen använda utvärderingskriteri-

erna är inte tillräckligt tydligt definierade i förfrågningsunderlaget och detta har medfört att det inte går att undvika skönsmässighet vid utvärderingen av dessa. Utvärderingskriteriet ”Förmåga och Referenser” borde inte ha använts som ett utvärderingskriterium i upphandlingen. Mot denna bakgrund är dessa delar i förfrågningsunderlaget utformat på ett sådant sätt att det inte kan säkerställas att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Efter att ha kommit fram till denna slutsats har GR valt att avbryta upphandlingen. De redovisade skälen utgör saklig grund för beslutet.

Bolaget har därefter framfört följande. I beslutet att avbryta upphandlingen anges att det kan ifrågasättas om kriteriet ”Erfarenhet” – och inte ”Förmåga/Referenser” – får användas som utvärderingskriterium på sätt som skett. Detta torde vara ett försök att i efterhand ändra beslutet. GR kan inte tillåtas i efterhand ändra motiveringen till sitt beslut. Bedömningen om beslutet vilar på sakligt godtagbara skäl bör därför göras genom att rätten tar ställning till om en leverantörs begäran om överprövning skulle bifallas om den grundades på de skäl som anförs i beslutet att avbryta upphandlingen. Om så är fallet, är skälen sakligt godtagbara.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska, enligt 1 kap. 9 § LOU, 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.

En leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får, enligt 16 kap. 1 § LOU, i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

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

Utredning

I förfrågningsunderlaget anges bland annat följande.

3. UPPHANDLINGSFÖRESKRIFTER

3.1. Upphandlingsform

Upphandlingen kommer att genomföras som en förenklad upphandling enligt Lagen om offentlig upphandling (LOU). Förtydliganden eller kompletteringar kan komma att begäras. Förfrågningsunderlaget kan komma att kompletteras under anbudstiden. Handlingar skall därför hämtas på www.upphandlingar.nu och genom anbudsgivares registrering där kommer även eventuella kompletteringar kunna förmedlas till alla intressenter.

Anbudet kommer att prövas mot kvalificeringskraven angivna i kap. 4 och anbudsformalia enligt kap. 3.3. De anbud som uppfyller dessa krav kommer att bedömas enligt kriterierna i kap. 5. Utvärdering av anbud kommer att ske under v. 43. De anbudsgivare som uppnår bäst betyg enligt bedömning träffas för intervju och presentation under v. 44/45.

4. KVALIFICERINGSKRAV

Nedan preciseras de krav som skall vara uppfyllda för att vara kvalificerad.

Anbudsgivaren skall styrka kvalifikationerna i anbudet.

4.1 Anbudsgivarens erfarenhet och referenser

Företaget skall ha erfarenhet från liknande uppdrag. Uppgifter skall lämnas om minst tre relevanta referenser.

5. BEDÖMNING MOT GIVNA KRITERIER

Anbudssvaren kommer att granskas och bedömas av en grupp personer på GR som arbetar med upphandling, ledarförsörjning och kompetensutveckling. Av de anbud som uppfyller anbudsformalia och kvalificeringskrav enligt kapitlen 3.3 och 4 ovan kommer de anbud att antas som är mest fördelaktiga med hänsyn till följande kriterier som är rangordnade och viktade enligt följande;

5.1 Bemanning	betyg x 50 %
5.2 Genomförande	betyg x 10%
5.3 Omfattning	betyg x 10 %
5.4 Förmåga/referenser	betyg x 30%

Betygsskalan är 1-5 för varje kriterieområde.

Betyg 1 svagt

Betyg 2 tillfredsställande

Betyg 3 bra

Betyg 4 mycket bra

Betyg 5 utomordentligt

Halva betygssteg kan komma att tillämpas.

5.1 Anbudsgivarens bemanning, vikt 50 % - maxbetyg 2,5

I offerten skall lämnas personbeskrivningar för huvudansvarig UGL-handledare samt maximalt fyra övriga deltagande handledare. Personbeskrivningarna skall minst innehålla följande uppgifter vilka kommer att ligga till grund för bedömningen av anbudet:

- Antal år som handledare
- Utbildning
- Erfarenhet som UGL handledare
- Relevant bransch erfarenhet i övrigt
- Erfarenhet från uppdrag i kommunal verksamhet
- Eventuell specialistkompetens

Vid byte av huvudansvarig UGL-handledare eller övriga handledare skall överenskommelse träffas med GR.

5.2 Genomförande, vikt 10 % - maxbetyg 0,5

I offerten skall lämnas exempel på hur yttre ramarna för en UGL vecka kan se ut.

Grund för bedömningen av anbudet är:

Varje enskilt utbildningstillfälle skall ledas av två certifierade UGL-handledare i grupper om minst åtta till högst tolv personer. Utbildningen genomförs som internat under fem sammanhängande dagar, måndag till fredag. Efter avslutad utbildning skall varje deltagare ha en komplett dokumentation av utbildningen och ett utbildningsintyg. Det är också önskvärt att handledarna ska finnas tillgängliga för deltagarna efter genomförd utbildning – det ger extra betyg vid bedömningen!

5.3 Omfattning, vikt 10 % - maxbetyg 0,5

I offerten skall anbudsgivaren beskriva upplägget/planeringen av omfattningen av uppdraget.

Grund för bedömningen av anbudet är:

Fyra till åtta tillfällen per år med av anbudsgivaren angiven bemanning. När i tiden under året görs upp i samråd med GR minst 10 veckor före genomförandet. GR kan flytta fram alternativt ställa in planerad vecka med 3 veckors varsel utan att GR debiteras någon kostnad. Det offererade priset per vecka är samma oavsett om fyra eller åtta tillfällen genomförs. Vid stort antal anmälningar skall GR kunna beställa ytterligare veckor, för det offererade priset, utöver planerade starter inom en kalendermånad.

5.4 Förmåga/referenser, vikt 30 procent – maxbetyg 1,5

Anbudsgivare skickar ut bilaga 2 till var och en av de tre referenser, som anges enligt kvalificeringskraven. Referensföretagen fyller sedan i blanketten och skickar den, på blanketten angiven adress, direkt till GR. Referensernas samlade betyg delas med 3 vid bedömningen, vilket innebär att det är viktigt att samtliga referenser skickas in.

5.5 Pris i relation till övriga kriterier

För varje företag skall ett pris per genomförd UGL-vecka specificeras i bilaga 1. Priserna skall anges exklusive moms och skall vara fasta för avtalsperioden.

Följande kvalitetskriterier med respektive viktning och högsta möjliga betyg används:

Kriterier	Högsta betyg	Vikt	Summa
Företagets bemanning	5	50%	2,5
Genomförande	5	10%	0,5
Omfattning	5	10%	0,5
Förmåga/referenser	5	30%	1,5
Bästa möjliga betyg			5

Priset bedöms sedan mot kriterierna enligt följande:

Kvalitet och pris hanteras så att de räknas om till ett jämförelsetal. Bästa anbud är det anbud som har det lägsta jämförelsetalet. Jämförelsetalet är en uppräkningsfaktor av priset enligt följande:

För varje procentenhet som det viktade betyget avviker från bästa möjliga betyg, uppräknas priset med 1 %.

Exempel:

Uppräkningsfaktorn innebär att upphandlaren kommer att anta ett anbud med ett högre pris och totalbetyget 5 före ett anbud med ett lägre pris och betyget noll.

Alla priser skall anges i SEK.

Enligt tilldelningsbeslut den 3 november 2010 skulle avtal tecknas med Strategisk arbetsmiljö Blidberg AB (Gratschew & Partners). Därvid anges att beslut har fattats utifrån att anbudet är det mest fördelaktiga med hänsyn till; lägsta pris efter kvalitetsjusteringar och högsta betyg inom samtliga kriterier: bemanning, omfattning, genomförande och referens.

Tilldelningsbeslut återkallades den 20 december 2010. Därvid lämnades följande motivering:

Efter genomförd utvärdering av inkomna anbud och återkallande av tilldelningsbeslut meddelat den 18 november har GR gjort bedömningen att vissa av de kriterier som legat till grund för utvärderingen inte är tillräckligt klart definierade och att det kan ifrågasättas om kriteriet Erfarenhet får användas som utvärderingskriterium på sätt som skett. Mot denna bakgrund har GR beslutat att avbryta upphandlingen.

GR meddelade i beslut den 20 december 2010 att upphandlingen avbrutits och framförde då följande.

Efter genomförd utvärdering av inkomna anbud och återkallande av tilldelningsbeslut den 18 november 2010 har förbundet gjort bedömningen att vissa av de kriterier som legat till grund för utvärderingen inte är tillräckligt klart definierade och att det kan ifrågasättas om kriteriet Erfarenhet får användas som utvärderingskriterium på sätt som skett.

Förvaltningsrättens bedömning

Ett beslut att avbryta upphandlingen får endast fattas om det finns sakligt godtagbara skäl för detta och de grundläggande regler som följer av Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (tidigare EG-fördraget) iakttas (jfr RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref 43). Ett beslut att avbryta en upphandling kan vidare överprövas av en förvaltningsdomstol (jfr RÅ 2005 ref. 62). Förvaltningsrätten ska således pröva om GR haft fog för att avbryta upphandlingen.

Det är inte klarlagt vilka omständigheter som kan sägas vara legitima för att avbryta en upphandling. I Fracassodomen uttalade EU-domstolen att den upphandlande myndighetens befogenhet att avstå från en upphandling för vilken anbud begärts eller att upprepa förfarandet inte förutsätter att det föreligger allvarliga omständigheter eller undantagsfall (se mål nr C27/98 punkterna 23-25). I förhandsbeskedet Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs-Gesellschaft mbH mot Stadt Wien (mål C-92/00) fann EU-domstolen att direktivet (89/655, i ändrad lydelse enligt direktiv 92/50)

inte medger någon annan slutsats än att prövningen inte kan begränsas till att fastställa huruvida ett återkallelsebeslut är av godtycklig art. – En överprövning av ett beslut att avbryta upphandlingen kan således avse en mängd olika anledningar. Ett avbrytande måste dock kunna motiveras och får naturligtvis inte göras på osakliga grunder och får inte göras i strid mot de principer som anges i 1 kap. 9 § LOU.

Ett grundläggande krav när det gäller upphandlingen är att förfrågningsunderlaget ska vara så tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen samt att utvärderingsmodellen är utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt eller har lägst pris antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

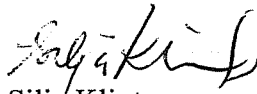
Den grund för avbrytande som angetts av GR avser dels att vissa kriterier som legat till grund för utvärderingen inte är tillräckligt klart definierade, dels att det kan ifrågasättas om kriteriet Erfarenhet får användas på sätt som skett.

GR har i sitt yttrande hos förvaltningsrätten förtydligat vilka otillräckligt klart definierade kriterier som åsyftas och angett att kriteriet erfarenhet syftar på Förmåga/referenser.

Förvaltningsrätten konstaterar att erfarenhet/referenser används i förfrågningsunderlaget för kvalificering av anbudsgivare till utvärderingsfasen samt samma referenser också används i utvärderingsfasens bedömning av Förmåga/referenser. Denna konstruktion måste tillsammans med den i förfrågningsunderlaget lämnade redovisningen av utvärderingskriterierna medföra oklarheter för anbudsgivare att bedöma betydelsen av vilka uppgifter som den upphandlande myndigheten efterfrågar.

Förvaltningsrätten finner med hänsyn till det sagda att det har förekommit sådana brister redan i det konkurrensuppsökande skedet att det förelegat sakligt godtagbara skäl för beslutet att avbryta upphandlingen. Beslutet kan inte anses strida mot gemenskapsrättsliga regler. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1b LOU)



Silja Klint

Rådman

Föredragande har varit M Georgsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 var till 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 3109/1B LOU