



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2011-11-23
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
22132-11
Enhet 13

SÖKANDE

Lernia Utbildning AB, 556467-3381

Ombud: Advokaten Olof Hallberg och jur. kand. Lina Schött
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPART

Arbetsförmedlingen
Juridiska enheten
113 99 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Lernia Utbildning AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

KONKURRENSVERKET	
2011-11-25	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 184000

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Arbetsförmedlingen genomför upphandling av arbetsmarknadsutbildning i Bygg- och anläggning, dnr Af 2011/227944 på sex utbildningsorter, bl.a. Halmstad. I tilldelningsmeddelande och upphandlingsprotokoll avsänt den 24 oktober 2011 meddelade Arbetsförmedlingen att man, på utbildningsorten Halmstad, antagit anbudet från Baggium ByggSoft AB (Movant AB fr.o.m. 2011-09-28). Anbudsgivaren Lernia Utbildning AB (nedan Lernia) hade diskvalificerats med motiveringen att lokalerna inte uppfyller skalkraven på lämplighet.

Lernia ansöker om överprövning på leveransorten Halmstad och yrkar i första hand att upphandlingen där ska göras om, i andra hand att rättelse ska vidtas så att Lernias anbud kvalificeras och utvärderas samt tilldelas kontrakt på leveransorten Halmstad.

Arbetsförmedlingen bestrider bifall till ansökan.

PARTERNAS TALAN

Lernia anför, till stöd för sin talan, bl.a. följande. Arbetsförmedlingen har som obligatoriskt krav ställt att anbudsgivaren vid sista anbudsdagen, den 5 september 2011, ska förfoga över lämplig lokal. Det räcker således inte med att anbudsgivaren funnit en lämplig lokal och tecknat ett villkorat kontrakt, utan anbudsgivaren måste dessutom ha anpassat lokalen till efterfrågat skick redan cirka fyra månader innan utbildningen ska påbörjas. Detta krav är oproportionerligt. Eftersom anbudsgivaren vid sista dag för anbudslämning inte kan veta om de ska få uppdraget, måste anbudsgivaren ta en mycket stor ekonomisk risk i fråga om lokalen. Kravet kan innebära att en leverantör iordningsställer en lämplig lokal helt i onödan eftersom man inte tilldelas kontrakt. Att ställa detta krav gynnar endast större före-

tag med ekonomiska marginaler, eller redan etablerade företag som har lämpliga lokaler. Mindre eller nya företag har inte denna möjlighet eftersom de inte har samma ekonomiska reserver. Kravet är därför konkurrensbegränsande. Förfrågningsunderlaget kan inte tolkas på något annat sätt än att skall-kraven avseende lokalerna måste vara uppfyllda per sista anbudsdag; om bolaget nu hävdar att en annan tolkning ska göras är det brist i förfrågningsunderlagets transparens på denna punkt. – Arbetsförmedlingens förfrågningsunderlag är kortfattat avseende kraven på lämplig lokal. Av Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 4646-10 framgår att alla underkriterier som en upphandlande myndighet tillämpar måste framgå av förfrågningsunderlaget. Arbetsförmedlingen beskriver inte vad de anser vara en lämplig lokal förutom att hänvisa till riktlinjer och rekommendationer från Arbetsmiljöverket och Handisam (Myndigheten för handikappolitisk samverkan). Ingenting preciseras i förfrågningsunderlaget om t.ex. storlek, förvaring, takhöjd, ljusinsläpp eller form av gemensamhetsutrymmen. Ändå används dessa kriterier i utvärderingsmodellen. Därtill har Arbetsförmedlingen efterfrågat endast ja- eller nej-svar avseende lokalerna, varför anbudsgivarna inte ges möjlighet att beskriva hur, när och varför de anser att de offererade lokalerna är lämpliga. Ingenstans i förfrågningsunderlaget framgår att en godtagbar beskrivning av lokalerna måste finnas vid anbudsinlämningen, vilket Arbetsförmedlingen nu hävdar. – Lernia ifrågasätter vidare Arbetsförmedlingens ståndpunkt gällande den offererade lokalens lämplighet. Lernia har som profession att planera och genomföra allehanda utbildningar, och har valt att erbjuda den aktuella lokalen utifrån gedigen erfarenhet av liknande uppdrag samt utifrån Arbetsförmedlingens krav i förfrågningsunderlaget. Eftersom Lernia i dag bedriver en annan typ av utbildning i anslutning till den offererade lokalen känner man mycket väl till lokalens förutsättningar. I dag används den till el- och verkstadsteknisk utbildning, men efter viss anpassning skulle den bli lämplig för aktuellt uppdrag. Vid besiktningen av lokalen var Lernia tydliga avseende att vissa delar av lokalen behöver anpassas. Uppgiften i utvärderingsprotokollet om

att lokalytan endast är cirka 200 kvm är direkt felaktig eftersom detta avser bygghallens yta. Tillsammans med utomhusområdena som kan utnyttjas är ytan cirka 500 kvm vilket är tillräckligt för efterfrågade 30 samtidiga deltagare. Vid besiktningen har Lernia muntligt angett att man har möjlighet att vid behov utöka lokalytan upp till 1000 kvm tre månader in i avtalet. Vidare anför Arbetsförmedlingen, i utvärderingsprotokollet, att gemensamhetsytorna är otillfredsställande trots att man i förfrågningsunderlaget inte preciserat hur dessa ska vara beskaffade. De aktuella gemensamhetsytorna, som inte bara avser pentry utan också teorisalar och grupprum, avser annan yta än ovan angivna yta för praktisk yrkesutbildning och är storleksmässigt anpassad efter antalet deltagare. Arbetsförmedlingen har tidigare godtagit dessa gemensamhetsytor vilka utgör del av en större lokal vari annan utbildning pågår i Arbetsförmedlingens regi. Den information som har framkommit vid Lernias förtydligande av sitt anbud och vid lokalbesiktningen är en del av anbudet och kan inte bortses från av Arbetsförmedlingen. – Sammanfattningsvis har Lernia lidit skada av att Arbetsförmedlingen brutit mot likabehandlings- proportionalitets- och transparensprincipen. Om Arbetsförmedlingen hade agerat i enlighet med LOU och de EU-rättsliga principerna skulle bolaget ha tilldelats kontraktet på leveransorten Halmstad eftersom Lernia offererade det lägsta priset.

Arbetsförmedlingen anför, till stöd för sin talan, bl.a. följande. Ingenstans i förfrågningsunderlaget anges att ett villkor skulle vara att anbudsgivaren skulle förfoga över lokalerna rent fysiskt vid anbudstidens slut. Det är en egen villfarelse som Lernia bygger sitt argumenterande på. Om lokalerna redan finns kan de besiktigas för ytterligare klargörande av deras lämplighet, vilket har skett i detta fall. – Arbetsförmedlingen har i upphandlingen angett krav på att lämpliga lokaler, enligt närmare beskrivning, skulle erbjudas i anbudet. I förfrågningsunderlaget har Arbetsförmedlingen ett antal ja- och nej-frågor avseende lokaler samt två frågor om kommunikationer och gemensamhetsutrymmen där anbudsgivaren ska lämna beskrivningar.

Dessutom finns en uppmaning om att bifoga skiss över erbjudna lokaler. En godtagbar beskrivning av lokalerna ska naturligtvis i princip föreligga i själva anbudet och komplettering har vid behov kunnat inhämtas. – Lernias beskrivningar i anbudet var innehållslösa och mycket kortfattade. Den bifogade skissen på lokalerna var helt oanvändbar för att bedöma ytor eller hur de var tänkta att användas. Anbudet var i denna del mycket bristfälligt. Arbetsförmedlingen begärde ett förtydligande avseende lokaler vilket besvarades av Lernia den 21 september 2011. I svaret anges bygghallens dvs. lokalens yta till 210 kvm och dessutom nämns en utomhusyta på 300 kvm. Lernias lokaler har, vid besiktningen, befunnits vara icke ändamålsenliga. Den påstådda muntliga uppgiften om att lokalytan kan ökas till 1 000 kvm tre månader in i avtalet finns ej noterad i Arbetsförmedlingens besiktningssprotokoll och det vore dessutom ointressant med ytterligare yta så sent som tre månader in i den redan korta kontrakts- och utbildningstiden. – Arbetsförmedlingen har följt de uppsatta principerna för upphandlingen och har genomfört den i enlighet med LOU och EU-rätten.

DOMSKÄL

Allmänt

Av 1 kap. 9 § LOU följer att upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Av 16 kap. 5 § LOU, i den i målet tillämpliga lydelsen, anges att 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 besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Tidpunkt för lokalens färdigställande

Ingenstans i Arbetsförmedlingens förfrågningsunderlag står att det är ett krav att lokalerna ska vara fysiskt tillgängliga redan vid sista anbudsdag. Därigenom har varken Lernia eller någon annan potentiell anbudsgivare, genom förfrågningsunderlaget, frestats att ta en onödig ekonomisk risk genom att skaffa lokaler för tidigt, alternativt skrämmts bort från att avge anbud för att man inte kunnat ta en sådan risk. Förfrågningsunderlaget har därmed inte varit missledande på denna punkt.

I upphandlingsprotokollet som har avsänts tillsammans med tilldelningsmeddelandet, dvs. efter anbudsöppningen, anges visserligen under rubriken ”Skäl till diskvalificering” avseende Lernia bl.a. följande. ”Skall-krav är krav som måste vara uppfyllda per sista anbudsdag för att anbudet ska kunna antas. Med lämpliga lokaler avses att dessa ska vara ändamålsenliga för genomförandet av utbildningen”. Eftersom det inte är på grund av att lokalen inte är disponibel redan på sista anbudsdagen som Arbetsförmedlingen har underkänt Lernias lokaler, har Lernia inte lidit skada av denna anledning. Att det är för sent att öka lokalens yta tre månader efter kursstarten är en annan sak, som får anses ligga i sakens natur och som mer hänger samman med lokalens lämplighet, vilket är den grund på vilken Arbetsförmedlingen förkastat Lernias anbud.

Förfrågningsunderlaget angående lokalerna

I förfrågningsunderlaget, punkt 4.1.3 (Lokaler – utbildningsort Halmstad) anges bl.a. följande. ”Anbudet skall innehålla en beskrivning, inklusive ritning eller skiss, av lokalerna. Bilagor får bifogas!”. Förvaltningsrätten finner att Arbetsförmedlingen har klargjort att, utöver ja- och nej-frågorna, en beskrivning av lokalerna ska medfölja och får tilläggas som bilaga.

Utöver denna anmaning till beskrivning finns i förfrågningsunderlaget ja- och nej-frågor gällande lokalernas geografiska lättåtkomlighet, tillgänglighet för funktionshindrade, allmänna lämplighet samt deras gemensamhetsutrymmen med pentry. Gällande funktionshindrade hänvisar förfrågningsunderlaget till Handisams hemsida. På den finns en checklista där punkt 9 lyder "Är utrymmena utformade så att de fungerar för personer med ned-satt syn?". Därav får anses framgå att lokalen inte får vara för mörk.

Vidare anges, i punkt 4.3.1. i förfrågningsunderlaget, att leverantören skall ha en kapacitet att hantera minst 30 samtidiga deltagare i genomsnitt, vilket ställer krav på storleken av själva inomhusutrymmet eftersom det inte alltid är sådant väder att man kan vara utomhus. Lernia menar att utvärderingskriterierna inte är transparenta och hänvisar till dom av Kammarrätten i Göteborg den 16 februari 2011, mål 4646-10 av vilken framgår att det av förfrågningsunderlaget ska framgå vilka kriterier den upphandlande myndigheten avser att tillmäta betydelse vid poängsättningen av de anbud som klarat skall-kraven. Några brister på denna punkt har inte hävdats i förevarande mål. Att Arbetsförmedlingen också i detalj skulle ha förutsagt vilka punkter man kan komma att anmärka på vid eventuell lokalbesiktning, t.ex. exakt minimistorlek eller lägsta acceptabla takhöjd, kan enligt förvaltningsrättens mening inte krävas. Förvaltningsrätten anser därför att förfrågningsunderlaget inte bryter mot någon upphandlingsrättslig princip.

Bedömningen av Lernias lokal

I protokollet från okulärbesiktningen av den av Lernia offererade lokalen anges bl.a. följande. "Första spontana intrycket av tänkt utbildningslokal: mörkt, lågt i tak, trångt. I lokalen bedrivs idag verkstadsmekanisk utbildning. Lernia har tänkt flytta ett antal maskiner för att skapa utrymme för byggutbildningen på cirka 200 m². I så fall måste nuvarande lokal delas med mellanvägg. Lokalen kan utökas med cirka 100 m² om befintligt paus/fikarum rivs. [...] Lernia är även inne på att man skulle kunna ta en

del av nuvarande parkeringsplats och sätta upp ett tält där en del av de praktiska övningarna skulle kunna genomföras. Tänkta lokaler på 200 m² räcker säkert till om tanken är att ha en utbildning mot specifikt byggande men skall utbildningen vara mer omfattande kompetensutveckling - breddning inom olika byggyrken räcker inte dessa utan utbildningsanordnaren bör i så fall riva befintligt pausrum samt resa tält utanför lokalerna.” I upphandlingsprotokollets bedömning av Lernias lokal i Halmstad, som alltså diskvalificeras, anges vidare följande: ”Idag bedrivs verkstadsteknisk utbildning i lokalerna, omflyttning och ombyggnation krävs vilket ändock leder till små utbildningsytor, cirka 200 kvm, samt otillfredsställande gemensamhetsytor för deltagarna.”

Lernia menar att deras lokal har skattats till för låg yta eftersom utomhusutrymmena inte medräknats. Detta innebär inte att Arbetsförmedlingen har ignorerat utomhusutrymmet. I besiktningensprotokollet påtalar Arbetsförmedlingen vidare att Lernia, förutom bygghallen, även ställt utomhusmark till sitt förfogande. Det finns inget belägg för Arbetsförmedlingen inte har noterat uppgifterna om utomhusutrymmet i Lernias förtydligande. När det gäller kraven på utbildningsplatsens storlek har därför Arbetsförmedlingen, enligt förvaltningsrättens mening, inte brutit mot transparens- eller likabehandlingsprincipen.

I övrigt kan förvaltningsrätten inte ikläda sig upphandlande myndighets roll när det gäller utvärdering av anbud. Förvaltningsrätten kan därför inte göra någon egen bedömning av lämpligheten och ändamålsenligheten av den av Lernia offererade lokalen. Ingripande enligt LOU ska ske endast om Arbetsförmedlingen brutit mot någon upphandlingsrättslig princip. Eftersom förvaltningsrätten finner att så inte är fallet, ska Arbetsförmedlingens

ansökan om ingripande enligt LOU avslås.

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



Anna Lönnestav

rådman

Föredragande har varit David Munck.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 vartill 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 uppge 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 3109/1A LOU