



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2012-03-22
Meddelad i
Stockholm

Sida 1 (21)

Mål nr
2307-12
Enhet 15

SÖKANDE

Lernia Utbildning AB, 556467-3381
Att: David Karlström
Box 1181
111 91 Stockholm

Ombud: Advokat Eva-Maj Mühlenbock
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

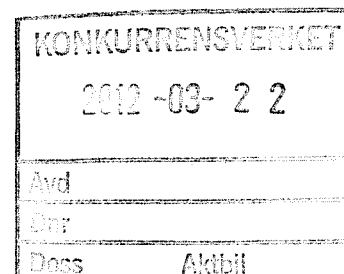
Ombud: Jur. kand. Lina Schött
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPART

Arbetsförmedlingen
Juridiska Avdelningen
113 99 Stockholm

SAKEN

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



DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Lernia Utbildning AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 222203

| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
|------------------|------------------|---|---------------|--------------------------------|
| 115 76 Stockholm | Tegeluddsvägen 1 | 08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se | 08-561 680 01 | måndag – fredag 09:00-15:00 |

BAKGRUND

Arbetsförmedlingen genomför 49 separata upphandlingar med delvis gemensamt förfrågningsunderlag av arbetsmarknadsutbildning inom områdena verkstadsteknik, svets och plåtbearbetning, Af-2011/309529. Upphandlingen genomförs som ett annonserat förenklat förfarande enligt LOU.

YRKANDEN OCH GRUNDER M.M.

Lernia Utbildning AB (Lernia) yrkar att upphandlingen ska göras om avseende följande orter:

Svets och plåt: Jönköping, Växjö, Ljungby, Kalmar, Oskarshamn, Karlskrona, Eskilstuna, Nyköping, Norrköping, Motala, Mjölby, Västerås, Tierp, Umeå, Skellefteå, Kiruna, Luleå.

Verkstad: Växjö, Jönköping, Ljungby, Vimmerby, Kalmar, Olofström, Södertälje, Eskilstuna, Nyköping, Norrköping, Motala, Mjölby, Västerås, Tierp, Köping, Umeå, Skellefteå.

Till grund för yrkandet har Lernia i huvudsak anfört följande. I pågående upphandling avseende utbildning har Arbetsförmedlingen använt ett förfrågningsunderlag som på flera grunder strider mot LOU samt transparens- och likabehandlingsprincipen. Arbetsförmedlingen har bl.a. använt en utvärderingsmodell som enligt ordalydelsen syftar till att urskilja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Emellertid innebär de viktade utvärderingskriterierna att det lägsta priset likväl är avgörande i utvärderingen. Denna brist, tillsammans med ett flertal oklara obligatoriska krav, innebär att anbudsgivare i upphandlingen fräntas möjligheten att inkomma med ett konkurrenskraftigt anbud samt att Arbetsförmedlingen erhåller fri prövningsrätt av anbuden. Arbetsförmedlingens utvärdering är även godtycklig

och olikbehandlande. I upphandlingen har Lernia lidit skada eftersom det, enligt informationen i förfrågningsunderlaget, har offererat en högt kvalitativ utbildning mot ett skäligt pris. Hade Lernia vid anbudsinlämning haft insikt i att informationen i förfrågningsunderlaget är missvisande hade Lernia självfallet inkommit med ett annorlunda anbud i enlighet med de faktiska utvärderingskriterierna. Bristerna i upphandlingen är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet varför förvaltningsrätten måste besluta att upphandlingen görs om.

Arbetsförmedlingen har bestritt Lernias yrkande och har som grund för bestridandet anfört i huvudsak följande. Förfrågningsunderlaget har varit klart och tydligt formulerat. Det framgår av såväl generell del som separata delar i förfrågningsunderlaget vad som efterfrågas och hur detta värderas. Den redovisade utvärderingsmodellen har inneburit en hög grad av transparens. Arbetsförmedlingen har vid utvärderingen följt den redovisade modellen. Att ställa högre krav än vad som är nödvändigt för att uppnå målet med upphandlingen, enbart i syfte att kunna särskilja anbuden, eller att med befintliga krav ge högre poäng för anbud som går utöver ställda krav vore i strid med såväl proportionalitetsprincipen som likabehandlingsprincipen. Det saknas därför skäl för överprövning och Lernias ansökan ska avslås.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Lernia har utvecklat sin talan genom att anföra i huvudsak följande.

Upplägg och genomförande (40 %) i Arbetsförmedlingens utvärderingsmodell

Av Arbetsförmedlingens förfrågningsunderlag framstår det som att utvärderingskriteriet upplägg och genomförande är ägnat till att urskilja det

ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i upphandlingen och att utvärderingen gällande upplägg och genomförande kommer ha mycket stor inverkan på utvärderingen (40%). Emellertid är det krav som Arbetsförmedlingen vid utvärdering de facto ställer gällande upplägg och genomförande så lågt att samtliga anbudsgivare (totalt 13 stycken) uppfyller kravet med högsta möjliga betyg. Det förhållande att de anbudsgivande bolagen har olika kompetens och möjligheter att planera och utföra den efterfrågade utbildningen ger således inte något som helst utslag i Arbetsförmedlingens utvärdering. Kriteriet har följaktligen inte någon påverkan på utvärderingen. Redan det förhållandet att anbudsgivarna lämnat varierande priser talar starkt för att även kvaliteten varierar.

Det är inte sannolikt att de anbudsgivare som offererat lägst pris erbjuder lika hög kvalitet avseende utbildningen som de anbudsgivare som offererat högre pris. Lernia har gjort ekonomiska kalkyler avseende olika prisnivåer inom det framhållna prisspannet (5 000 – 2 000 kr) i förfrågningsunderlaget. Beräkningarna visar att det lägsta möjliga priset om 2 000 kr per deltagarvecka inte ger utrymme för de kostnader som god kvalitet kräver.

Kravet om att uppnå högsta betyg är enligt ordalydelsen i förfrågningsunderlaget högt. Det oaktat har den betygsskala som framgår av förfrågningsunderlaget inte alls någon inverkan på utvärderingen och kravet är i själva verket lågt.

Utvärderingskriteriet tjänar följaktligen inte till att utskilja den anbudsgivare som har den högsta kompetensen och som kan erbjuda den ekonomiskt mest fördelaktiga utbildningen, vilket är ett krav enligt 12 kap. 1 § andra stycket LOU. Istället verkar utvärderingskriteriet i praktiken som ett *kvalificeringskrav* som visar att anbudsgivarna har kapacitet och förmåga att leverera den efterfrågade utbildningen. Utvärderingsmodellen strider därigenom mot transparensprincipen. Det är synnerligen viktigt att den

upphandlande myndigheten håller isär utvärderingen av anbuderna från kvalificeringen av anbudsgivarna eftersom det är fråga om två olika moment som styrs av olika regler. Av Kammarrätten i Göteborgs dom av den 4 mars 2010 i mål nr 6420-09 framgår att ett utvärderingskriterium som inte är ägnat att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet var att anse som ett kvalificeringskriterium och att användningen av den stred mot LOU.

Att Arbetsförmedlingen inte ger någon närmare ledning i vad som krävs för att uppnå högsta betyg i utvärderingen är också en omständighet som är i strid med transparensprincipen. I aktuell upphandling framgår inte vad som ska vägas in i svaret för att det ska framstå som ”mycket väl”, ”inte fullt ut”, ”i mindre utsträckning” osv.

Lärartäthet 20% i Arbetsförmedlingens förfrågningsunderlag

Utvärderingskriteriet om lärartäthet är otydligt och ger upphov till olika tolkningar. Kravet kan uppfattas som att anbudsgivaren måste ange uppgift om minimum antal lärare som kommer att delta vid såväl teoretisk- som praktisk utbildning. Kravet kan även tydas som att anbudsgivaren ska ange den genomsnittliga lärartätheten som utbildningen kommer att ha. Dessutom är utvärderingskravet otydligt såtillvida att det inte framgår hur ”deltagare” definieras. Avses med ”deltagare” inskrivna deltagare, deltagare i utbildning (teoretisk och praktisk), eller i lokalen närvarande deltagare. Det klargörs inte heller hur deltagare på arbetsplatsförlagd utbildning eller självstudier räknas. Eftersom kraven kan uppfattas på olika sätt är inkomna anbud inte heller i denna del jämförbara.

Utvärderingsmodellen strider mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen

Eftersom utvärderingsmodellen inte speglar vad Arbetsförmedlingen anger att den vill uppnå – den bästa möjliga kvaliteten till bästa möjliga pris – är utvärderingsmodellen missvisande och i strid med transparensprincipen. Dessutom innebär den omständigheten att utvärderingsmodellen inte ger någon klar ledning i vad som faktiskt efterfrågas och premieras gällande betygsättning av Arbetsförmedlingen att utvärderingsmodellen lämnar stort utrymme för godtycke, vilket även det är i strid med transparens- och likabehandlingsprincipen.

Andra otydliga krav

Arbetsförmedlingens förfrågningsunderlag innehåller ett flertal andra oklara obligatoriska krav vilka tillsammans medför att hela förfrågningsunderlaget är mycket svårt för en anbudsgivare att begripa och utgången av utvärderingen blir därmed mycket svår att förutse. Kraven är oklara av den anledningen att anbudsgivaren ska redogöra för omständigheter som Arbetsförmedlingen uppenbarligen tycker är oundgängliga för den aktuella upphandlingen. Dock framgår inte vad som krävs för att uppfylla kraven.

Exempel finns under avsnitt 1.2.6. Kvalitetssäkring av efterfrågad tjänst, avsnitt 1.3.3. Miljö och avsnitt 1.3.4. Jämställdhet. Arbetsförmedlingens krav är därför även i denna del otydliga och missvisande eftersom det av informationen i förfrågningsunderlaget framstår som att anbudsgivarnas kvalitet har genomslag i utvärderingen när så inte är fallet.

Tillsammans innebär samtliga otydligheter i förfrågningsunderlaget att anbudsgivarna inte kan förutse vad Arbetsförmedlingen krävställer och premierar i utvärderingen. Detta är synnerligen allvarligt eftersom Arbets-

förmedlingen gör gällande att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i upphandlingen kommer att tilldelas kontrakt trots att det som är slutligt avgörande är *priset*.

Bolaget har lidit skada

Hade Arbetsförmedlingen författat förfrågningsunderlaget i enlighet med LOU och de unionsrättsliga principerna hade Lernia tilldelats kontrakt avseende ovan angivna orter.

Arbetsförmedlingen har utvecklat grunderna för sitt bestridande genom att anföra i huvudsak följande.

Utvärderingskriterierna

Upplägg och genomförande 40 %

De krav som ställs i utvärderingskriteriet Upplägg och genomförande är inte lågt ställt, tvärtom är det adekvat och rimligt i förhållande till den kvalitet Arbetsförmedlingen eftersträvat att anbudsgivare ska kunna leverera. Att samtliga anbudsgivare kunnat möta kraven ska snarast anses utgöra ett bevis för att kravställningen legat på rätt nivå och att leverantörerna är väl lämpade för uppdraget, än att kraven i sig är för lågt satta. Det är närmast självklart att kompetens och upplägg för genomförande av ett uppdrag skiljer sig mellan anbud. Det innebär i sig inte med automatik att olika upplägg och genomföranden var för sig inte motsvarar vad som efterfrågas i upphandlingen.

Upphandlingar ska inte ställa högre krav än vad som är nödvändigt för att uppnå målen med upphandlingen i fråga. Att ställa krav som går utöver vad som anses nödvändigt enbart i syfte att kunna skilja inkomna anbud åt

skulle riskera att träda proportionalitetsprincipen för när. Att en viss leverantör i sitt anbud visar att man har förmåga att leverera en kvalitet som går utöver vad som efterfrågats i upphandlingen kan inte föranleda att ett annat anbud som visar att ställda krav uppfylls, men inget därutöver, får lägre poäng. I annat fall skulle såväl principerna om transparens och likabehandling sättas ut spel. Arbetsförmedlingen kan således inte vid utvärderingen premiera något annat än vad som efterfrågats i upphandlingen.

Arbetsförmedlingen har gjort bedömningen att den kvalitetsnivå som vid utvärderingen av samtliga tre kriterier ger totalt 100 poäng är möjlig att leverera. Lernia anför att man gjort kalkyler som visar att det inte är möjligt. Arbetsförmedlingen anser att Lernias kalkyler inte kan anses säga något om situationen för andra bolag än Lernia.

Arbetsförmedlingen har givit den ledning avseende vad som krävs för att uppnå olika betyg/poäng vid utvärdering av kriteriet upplägg och genomförande. Av förfrågningsunderlagets gemensamma del, punkten 1.3.2 Genomförande, finns detaljerad information om vad utbildningen ska respektive bör innehålla, syften och mål, utbildningens längd m.m. Vad Arbetsförmedlingen efterfrågat i anbudet är således i första hand en beskrivning av hur anbudsgivaren avser att genomföra de moduler och moment som ska ingå enligt denna punkt.

Lärartäthet 20 %

Det framgår av förfrågningsunderlagets gemensamma del punkten 1.3.2 att lärare alltid ska finnas tillgängliga för deltagaren under alla teoretiska och praktiska moment, även vid självstudier och grupparbeten. Det innebär med normal språklig tolkning att lärarresurser ska finnas tillgängliga även om deltagaren inte studerar i utbildningslokalen utan exempelvis i hemmet. Det framgår vidare att under praktik är det anordnaren som svarar för

handledning. Praktik är vare sig praktisk eller teoretisk utbildning utan just praktik som anordnas på ett företag i respektive bransch.

Någon annan form av deltagare än sådan som har ett pågående beslut om att genomgå arbetsmarknadsutbildning och har påbörjat men ännu inte avslutat denna finns såvitt känt inte. Någon uppdelning i inskrivna deltagare eller deltagare i utbildning eller i lokalen närvarande deltagare görs inte, på det sätt som Lernias ansökan antyder.

Arbetsförmedlingen anser att förfrågningsunderlaget är klart och tydligt formulerat avseende lärartätheten.

Fråga om utvärderingsmodellen strider mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen

Lernia påstår i sin ansökan att Arbetsförmedlingen angivit att myndigheten vill uppnå den bästa möjliga kvaliteten till bästa möjliga pris. Påståendet stämmer inte. Arbetsförmedlingen har inte angivit något sådant. Däremot anger förfrågningsunderlaget att man kommer anta det *ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet*.

Arbetsförmedlingen har inte efterfrågat en utbildningstjänst med bästa möjliga kvalitet, vilket skulle ha inneburit att anbudslämnare helt fritt kunnat utforma tjänstens innehåll. Man har efterfrågat tillräckligt hög kvalitet för att deltagarna i enlighet med 11 § förordningen (2000:634) om arbetsmarknadspolitiska program ska kunna få eller behålla ett arbete, dvs. vara anställningsbara utifrån de normer och krav som finns inom respektive yrke/bransch. Förfrågningsunderlaget återspeglar därför att deltagaren efter genomgången utbildning ska ha uppnått en kompetensnivå som motsvarar de krav som ställs inom det industritekniska området.

Arbetsförmedlingen har inte efterfrågat utbildning till bästa möjliga pris vilket skulle ha inneburit att anbudsgivare kunnat offerera valfritt pris. I stället har myndigheten valt att ange ett spann inom vilket det offererade priset ska befinna sig, och inom vilket Arbetsförmedlingen bedömt att det ska vara möjligt att leverera den efterfrågade kvaliteten (upplägg och genomförande plus lärartäthet). Priskriteriet har en nära koppling till såväl kriteriet upplägg och genomförande som kriteriet lärartäthet. Ett upplägg som medför lägre lärartäthet med bibehållet höga ambitioner avseende upplägg och genomförande kan därmed innebära ett lägre offererat pris, och vice versa. Arbetsförmedlingen har dock satt ett lägsta pris, eftersom man gjort bedömningen att ett pris under denna gräns skulle medföra för låg kvalitet. Detsamma gäller lärartäthet.

Arbetsförmedlingen har inte haft för avsikt att kriteriet upplägg och genomförande inte skulle få något genomslag vid utvärderingen. Att samtliga inkomna anbud erhållit högsta poäng vid utvärderingen av detta kriterium medför inte att kriteriet och utvärderingsmodellen i sig skulle strida mot vare sig transparens- eller likabehandlingsprinciperna, eller att kraven är för lågt ställda, utan visar bara att samtliga leverantörer bedöms kunna leverera en hög kvalitet.

Fråga om andra otydliga skall-krav

Skall-kraven är klart och tydligt formulerade. Det är riktigt att det har räckt med en kortfattad beskrivning, så länge denna beskrivning uppfyller kraven. Det är inte fråga om en utvärdering utan en kvalificering avseende skall-kraven. Någon kvalitativ utvärdering av svaren har inte gjorts utan det handlar uteslutande om att konstatera om anbuden uppfyller kraven eller inte.

Förfrågningsunderlaget strider inte mot LOU och de unionsrättsliga principerna

Förfrågningsunderlaget innehåller både i den generella delen och i de separata delarna avseende varje upphandling tydliga beskrivningar av vad som efterfrågas. Det stämmer inte att det enbart har varit priset som kunnat avgöra utfallet i upphandlingen, även lärartäthet eller kriteriet upplägg och genomförande hade kunnat bli avgörande. Arbetsförmedlingen vill understryka att det klart anges i förfrågningsunderlaget att vid lika poäng kommer lägsta pris att fälla avgörandet.

Lernia genmäler bl.a. följande. Oavsett om Arbetsförmedlingen haft som avsikt att fästa vikt vid anbudsgivarnas beskrivningar av upplägg och genomförande visar en objektiv bedömning av utvärderingsmodellen och utvärderingskriteriet att det inte tjänar till att utskilja den anbudsgivare som har den högsta kompetensen och som kan erbjuda den ekonomiskt mest fördelaktiga utbildningen. Lernia anser att det är anmärkningsvärt att tillämpa en betygsskala som innebär att leverantörer som inte uppnår den önskvärda kvaliteten faktiskt har möjlighet att vinna kontrakt.

Av den allmänna informationen, avsnitt 1.3.2. Genomförande, i förfrågningsunderlaget framgår inte *hur man beräknar lärartätheten* vilket ger upphov till ett flertal otydligheter. Till att börja med framgår inte om täthetskravet gäller konstant under den tid som teoretisk eller praktisk utbildning pågår eller som ett krav på genomsnittlig lärartäthet. Det är av avgörande betydelse om stundtals lägre lärartäthet kan kompenseras av en högre lärartäthet en annan gång eller om tätheten är ett mått som aldrig får underskridas. Det framgår inte heller om tätheten även ska gälla för deltagare som går arbetsförlagda moduler ute på ett företag utan lärare på plats men med företagets handledare. Inte heller är det tydligt om handledaren ute på

företaget ska räknas som lärare vid beräkning av lärartäthet eller om lärartäthet även ska gälla för självstudier. Det framgår vidare inte hur "lärare" i begreppet lärartäthet ska tolkas. Olika tolkningar av kravet på lärartäthet leder till olika kostnad för lärare och därmed till vitt skilda möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt pris.

I sitt yttrande till domstolen synes Arbetsförmedlingen mena att praktik på företag inte ska räknas med i lärartätheten. Som framgår av förfrågningsunderlaget avsnitt 1.3.2 har en sådan inställning inget stöd i förfrågans utformning. Där talas istället om "de företagsförlagda delarna av utbildningen" och om "arbetsplatsförlagda moduler". Av förfrågningsunderlaget, avsnitt 4.2.2, framgår att lärartätheten ska mätas på såväl teoretisk- som *praktisk utbildning*.

Med en sträng tolkning av kravet på lärartäthet behövs en lärare på heltid för sex deltagare för att få full poäng. Personalkostnaden för en sådan lärartäthet går inte att förena med priset 2 000 kronor per deltagarvecka utan kraftig förlust. Att Arbetsförmedlingens utvärdering är i strid med LOU och unionsrätten framstår som än mer sannolikt med anledning av att Arbetsförmedlingen i en annan upphandling har tilldelat GL Kompetens två poäng avseende beskrivningen av upplägg och genomförande. Poängsättningen har skett trots att förfrågningsunderlaget i den upphandlingen är i det närmaste identiskt med förfrågningsunderlaget i aktuell upphandling. Tiden mellan de två upphandlingarna är relativt kort och det är inte troligt att GL Kompetens ändrat i sin skrivning. Däremot är det stor sannolikhet att Arbetsförmedlingen gjort olika bedömning av samma innehåll och att det är bedömningen i den tidigare upphandlingen som är den korrekta.

Arbetsförmedlingen genmäler bl.a. följande. Arbetsförmedlingen delar inte uppfattningen att olika upplägg för genomföranden med självklarhet måste leda till olika betyg vid utvärdering av anbud. Arbetsförmedlingen

konstaterar vidare att myndigheten inte vid utvärdering av anbud har, eller bör ha, några synpunkter på eventuell lönsamhet för de företag som lämnar anbud, utan förlitar sig på att anbudslämnarna själva kan bedöma detta.

Lernia gemälar bl.a. följande. Att Arbetsförmedlingen inte lämnar ut information ur inkomna anbud som legat till grund för utvärderingen innebär att Lernia frångått möjlighet att visa att Arbetsförmedlingens förfrågningsunderlag och utvärderingsmall strider mot LOU och unionsrätten. Mot denna bakgrund måste Lernias uppgifter om att Arbetsförmedlingens förfrågningsunderlag strider mot LOU och unionsrätten tas för gott. Om Arbetsförmedlingen vill anföra motsatsen måste den visa information som styrker dess uppfattning, dvs. rättsligt sett har bevisbördan övergått till Arbetsförmedlingen.

Det finns vidare oklarheter kring om självstudier ingår i lärartäthetsmättet. Av förfrågningsunderlaget framgår att: "Varje anbud skall innehålla uppgift om andelen lärarledda timmar per 40-timmarsvecka. Vid eventuella självstudier ska lärare/handledare finnas tillgängliga i eller i anslutning till utbildningslokalen." Det framgår inte om lärartäthetsmättet bara omfattar lärarledda timmar, eller om det även gäller för självstudier. Om Arbetsförmedlingen avsett att självstudier skulle omfattas av samma krav på lärartäthet som lärarledd tid hade det emellertid inte funnits något behov av att i förfrågningsunderlaget kräva uppgift om andelen lärarledd tid. Att så ändå skett och att ett särskilt krav på tillgänglig lärare vid självstudier satts upp talar för att självstudier inte omfattas av kravet på lärartäthet.

Med anledning av detta är det mycket troligt att anbudsgivare uppfattat att kravet på lärartäthet endast omfattar lärarledd tid, d.v.s. varken självstudier eller arbetsplatsförlagd utbildning/praktik. Eftersom det i förfrågningsunderlaget inte finns fastställda gränser för andelen självstudier och inte heller för arbetsplatsförlagd utbildning/praktik (börkrav på 25 %) har dessa

anbudsgivare därmed haft möjlighet att själva förfoga över hur stor del av den totala tiden som täthetsmått ska omfatta genom att räkna med större eller mindre grad av självstudier och/eller arbetsplatsförlagd utbildning/praktik. Det har fått till konsekvens att Arbetsförmedlingen enligt tilldelningsmeddelandet antagit två anbud (JB Komptens och Montico) till samma pris och samma totala betyg i utvärderingen trots att anbudsgivarna angivit olika grad av självstudier. Att ett utvärderingskriterium kan uppfattas på olika sätt av anbudsgivare kan inte godtas under några omständigheter eftersom inkomna anbud med olika tolkningar av ett förfrågningsunderlag inte kan jämföras på lika villkor i enlighet med likabehandlingsprincipen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, skall myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

En upphandlande myndighet skall i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

I 16 kap. 5 § LOU, i dess lydelse innan den 1 november 2011, anges följande. 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.

Utvärderingsmodellens utformning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att Arbetsförmedlingen i förfrågningsunderlaget angett att myndigheten ska anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Av förfrågningsunderlaget framgår att de utvärderingskriterier som tillämpas i upphandlingen är:

1. Upplägg och genomförande 40 %
2. Lärartäthet 20 %
3. Pris 40 %

Upplägg och genomförande 40 %

I aktuellt förfrågningsunderlag återfinns under bilaga 1 punkten 2.3.1 ”Upplägg och genomförande” bl.a. följande.

”Anbudet skall innehålla en utförlig beskrivning av utbildningens upplägg och genomförande, inklusive arbetsplatsförlagd utbildning. Av beskrivningen skall framgå hur anbudsgivaren kommer att individanpassa utbildningen så att denna utgår från deltagarens förutsättningar och möjlighet att uppnå utbildningsmålet.

Beskriv hur ni avser att lägga upp utbildningens upplägg och genomförande så att utbildningsmålen uppnås: (linjär skala 0-3, viktning 40 %) (Fritextsvar)”.

I punkt 1.3.2. Genomförande beskrivs mer utförligt vilka moment som ska ingå i utbildningen, den målgrupp utbildningen riktar sig mot samt utbildningsmålen.

Det framgår vidare av förfrågningsunderlaget att utvärdering av kriteriet
Upplägg och genomförande sker med en fyrgradig linjärskala enligt följande:

”Betyg 3 ger 100 % av viktningens värde i poäng för anbud som för det aktuella kriteriet mycket väl, tydligt och målinriktat redovisar en tjänst som leder till att utbildningsmålet uppnås. Betyg 2 ger 67 % av viktningens värde i poäng för anbud som för det aktuella kriteriet inte fullt ut redovisar en tjänst som leder till att utbildningsmålet uppnås. Betyg 1 ger 33 % av viktningens värde i poäng för anbud som för det aktuella kriteriet i mindre utsträckning redovisar en tjänst som leder till att utbildningsmålet uppnås. Betyg 0 ger 0 % av viktningens värde i poäng för anbud som för det aktuella kriteriet inte har en tjänst som leder till att utbildningsmålet uppnås eller där informationen är så knapphändig att bedömning inte kunnat göras”.

Lärartäthet

I förfrågningsunderlaget framgår under avsnitt 4.2.2 bl.a. följande.

”Anbudet skall innehålla uppgifter om vilken lärartäthet anbudsgivaren erbjuder, dvs. hur många lärare på heltid i förhållande till antalet deltagare vid såväl teoretisk- som praktisk utbildning. Lärartätheten anges som antalet deltagare per lärare för var och en av dessa utbildningsformer. Lärartätheten ingår i utvärderingen och kommer att betygsättas enligt kriterierna nedan. Anbudet skall även innehålla uppgift om andelen lärarledda timmar per 40-timmarsvecka. Vid eventuell självstudier ska lärare/handledare finnas tillgängliga i eller i anslutning till utbildningslokalen.

Ange hur många deltagare per lärartjänst på heltid i utbildningen (linjär skala).
10,00 – 6,00 st. Kravgräns 10,00 20 %

Ange andelen lärarledd undervisning per vecka: (Fritextsvar)

Är kraven i detta avsnitt uppfyllda? (Ja/Nej svar)”

Av förfrågningsunderlaget avsnitt 1.3.2 Genomförande framgår bl.a. följande.

”Lärare ska alltid finnas tillgängliga för deltagaren under alla teoretiska och praktiska moment, även vid självstudier och grupparbeten. Andra undervisningsformer kan bli aktuella om det kan underlätta anpassningen för personer med funktionsnedsättning eller nyanlända. Praktiska övningar kan genomföras i anordnarens regi eller vara förlagda till verkliga arbetsplatser på företag i branschen. Utbildningsanordnaren ansvarar för att knyta kontakter med företag för detta, arbetsförlagda moduler. Anordnaren ansvarar för att de arbetsplatsförlagda delarna i utbildningen riktas mot utbildningsmålet samt informerar och instruerar handledare på företaget. Anordnare ska också vara tillgänglig för frågor från både deltagare och företag. Anordnare följer upp, sammanfattar och dokumenterar resultat”.

Förvaltningsrättens bedömning

1. Fråga om utvärderingskriterierna är otydliga

Av 12 kap. 1 § LOU framgår att bedömningen av vilket anbud som är det mest fördelaktiga ska göras ur den upphandlande myndighetens synvinkel. Enligt EU-domstolens praxis får de upphandlande myndigheterna vid valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet välja de kriterier som de ämnar tillämpa, på villkor att de syftar till att möjliggöra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet fastställs och att de inte medför att den upphandlande myndigheten ges obegränsad valfrihet när den tilldelar anbudsgivare kontrakt. Tillämpningen av nämnda kriterier ska dessutom ske med iakttagande av såväl förfarandereglerna som de grundläggande principer som följer av gemenskapsrätten (C-448/01 p. 37-38). I RÅ 2002 ref. 50 har Högsta förvaltningsdomstolen uttalat bl.a. följande. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid

upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga antas. 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 gemenskapsrätten inte träds för när.

Som framgår ovan har Arbetsförmedlingen i förfrågningsunderlaget angett vilka utvärderingskriterier som ska användas och viktat dessa.

Arbetsförmedlingen har vidare angett att de olika kriterierna under punkten 1 Genomförande och upplägg kommer att åsättas poäng utifrån en fyrgradig skala. I förfrågningsunderlaget framgår att vad som vägs in i värderingen är i vilken mån beskrivet upplägg innebär att utbildningsmålet uppnås. Utbildningsmålen, målgrupp samt de olika moment utbildningen ska innehålla har vidare beskrivits i förfrågningsunderlagets generella del.

Av kriteriet lärartäthet framgår att måttet på lärartäthet, dvs. antal deltagare per lärartjänst på heltid, ska användas på både den teoretiska och praktiska utbildningen. Av förfrågningsunderlaget framgår att både lärarledda lektioner och självstudier ingår i begreppet ”teoretisk respektive praktiskt utbildning” som lärartäthetskriteriet omfattar. Ett minimikrav och ett maxkrav har angivits för antal elever per lärartjänst, samt poängskala och viktning.

Förvaltningsrätten anser att Arbetsförmedlingens utvärderingsmodell, de valda utvärderingskriterierna samt de uppsatta kravgränserna är tillräckligt tydligt presenterade i förfrågningsunderlaget för att uppfylla kraven i LOU och unionsrätten. Vad Lernia har anfört om oklarheter huruvida formuleringen lärartäthet syftar på en genomsnittlig eller konstant lärartäthet och

oklarheter huruvida praktik ingår i lärartätheten utgör enligt förvaltningsrätten inte tillräckliga skäl för att anse att kriteriet är så pass otydligt att anbudsgivare hindrats från att lägga konkurrenskraftiga anbud. Förvaltningsrätten finner inte heller att eventuella oklarheter kring begreppen lärare eller deltagare innebär sådana hinder.

2. Fråga om andra krav i förfrågningsunderlaget är otydliga

Lernia gör gällande att Arbetsförmedlingens krav under bl.a. avsnitten Kvalitetssäkring, Miljö och Jämställdhet varit otydliga och missvisande eftersom det av informationen i förfrågningsunderlaget framstår som att anbudsgivarnas kvalitet har genomslag i utvärderingen när så inte är fallet och att dessa oklarheter sammantaget med vad som övrigt anförs innebär att förfrågningsunderlaget inte uppfyller kraven i LOU och unionsrätten.

Förvaltningsrätten gör härvid följande bedömning. Det framgår tydligt i de berörda avsnitten i förfrågningsunderlaget att kraven är så kallade skallkrav och hänför sig till kvalificeringsfasen och att någon utvärdering av kvaliteten därför inte ska göras med mer än att man konstaterar huruvida kraven är uppfyllda eller ej.

3. Fråga om lägsta pris varit avgörande i strid med utvärderingsmodellen

Lernia gör gällande att det faktum att alla anbudsgivare fått högsta poäng på punkten 1 i förfrågningsunderlaget inneburit att kriteriet egentligen hänför sig till kvalificeringsstadiet, att priset de facto blivit avgörande och att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet därmed inte antagits i enlighet med utvärderingsmodellen.

Förvaltningsrätten finner härvid att enbart den omständigheten att alla anbud fått högsta poäng på kriteriet Upplägg och genomförande inte i sig

utgör ett skäl för att anse att kriteriet hänför sig till kvalificeringsstadiet, istället för utvärderingsstadiet, utan visar enbart att alla anbudsgivarna håller den kvalitet på sina erbjudna tjänster som Arbetsförmedlingen efterfrågat. Av proportionalitetsprincipen följer att de upphandlande myndigheterna inte ska ställa andra eller högre krav än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med kravet. Principen ska upprätthållas under hela upphandlingsprocessen. Den innebär att den upphandlande myndigheten vid anbudsvärderingen inte ska ge högre poäng till ett företag som erbjuder en kvalitet på utbildningen som är över vad som krävs för att målen med utbildningen ska tillgodoses, dvs. att studenterna får arbete efter avslutad utbildning. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, som det kommer till uttryck i 12 kap. 1 § LOU, är således inte samma sak som "den högsta kompetensen" eller "den bästa möjliga kvalitet till bästa möjliga pris" som Lernia gjort gällande. Att Arbetsförmedlingen tilldelat alla anbudsgivare högsta betyg på punkten 1 för att myndigheten bedömt att alla anbud omfattat tillräcklig hög kvalitet för att deltagarna i enlighet med 11 § förordningen (2000:634) om arbetsmarknadspolitiska program ska kunna få eller behålla ett arbete, dvs. vara anställningsbara utifrån de normer och krav som finns inom respektive yrke/bransch, har därmed inte inneburit att myndigheten inte skulle ha antagit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Avgörande för frågan om kriteriet hänför sig till utvärderingsstadiet är istället enligt förvaltningsrättens bedömning huruvida kriteriet innebär att poängsättning och rangordning enbart utgörs av faktorer som rör tjänstens kvalitet. Förvaltningsrätten gör härvid följande bedömning. Kriteriet utgörs av faktorer som syftar till att utvärdera i vilken mån utbildningens upplägg och genomförande uppfyller de relevanta utbildningsmålen. Kriteriet är därmed att hänföra till tjänstens kvalitet och är att anse som ett utvärderingskriterium.

4. Fråga om felaktig utvärdering och poängsättning

Lernia gör gällande att utvärderingen och poängsättningen skett i strid med LOU. Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Enligt rättspraxis måste en upphandlande myndighet allmänt sett ges en stor frihet att inom ramen för ett affärsmässigt övervägande värdera de anbud som kvalificerat sig till anbudsutvärderingen. Inte heller ankommer det på förvaltningsrätten att göra någon egen utvärdering av anbuden. Förvaltningsrätten finner inget stöd i gällande rätt för Lernias påstående om att då delar av anbudsgivares anbud i aktuell upphandling har sekretessbelagts av Arbetsförmedlingen, och Lernia därför inte kan kontrollera dess kvalitet, ska vad Lernia anfört presumeras stämma. Förvaltningsrätten har att göra en sedvanlig bedömning av huruvida de omständigheter som Lernia anfört utgör skäl för att anse att Arbetsförmedlingen utnyttjat sin frihet vid utvärderingen i strid med förfrågningsunderlaget eller de principer som styr LOU. Förvaltningsrätten finner att några sådana skäl inte framkommit i målet.

5. Sammanfattning

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten således att det inte är visat att Arbetsförmedlingen på de grunder bolaget anfört brutit mot bestämmelserna i LOU eller mot EG-rättsliga principer på ett sätt som medfört skada för bolaget. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför inte.

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



Barbro Lundholm

Rådman

Föredragande har varit Julia Nyberg.



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 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 3109/1A LOU