



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2013-01-11
Meddelad i
Stockholm

Sida 1 (10)

Mål nr
22985-12
Enhet 15

SÖKANDE

Lernia Utbildning AB, 556467-3381

Ombud: Lars Paulsson
Lernia AB
Box 141
101 22 Stockholm

MOTPART

Arbetsförmedlingen
Juridiska avdelningen
113 99 Stockholm

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2013 -01- 1 1	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 301208

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

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Arbetsförmedlingen (AF) har genomfört en upphandling av arbetsmarknadsutbildning inom branschområdet Elteknik. Upphandlingen är uppdelad på åtta separata delar, en del för varje utbildningsort (Umeå, Västerås, Katrineholm, Göteborg, Borås, Västervik, Kalmar och Trollhättan). AF har för avsikt att teckna kontrakt med den leverantör som erbjuder det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för varje utbildningsort. Av tilldelningsbeslut den 26 oktober 2012 framgår att AF har beslutat att anta anbud från annan leverantör än Lernia Utbildning AB (bolaget) vad avser samtliga orter utom Umeå.

Lernia Utbildning AB

Bolaget ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen ska göras om helt eller delvis, eller i vart fall vad gäller utbildningsorten Kalmar. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Utformningen av betygskriterierna är inte transparent och utvärderingsmodellen är därför inte ägnad att leda till ett rättvisande resultat eller till att det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet antas. Utvärderingsmodellen strider mot transparens- och likabehandlingsprincipen och i övrigt mot 1 kap. 9 § LOU. Utvärderingsmodellen lämnar ett så stort utrymme för godtycklighet att leverantörerna inte i nödvändig grad haft möjlighet att förutse vad som skulle komma att tillmätas betydelse vid anbudens prövning. Redan på denna grund föreligger skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU. AF tillämpar väldigt många betygsnivåer och definitionen för betygen 1-3 är densamma liksom definitionen för betygen 6-8. Detta leder till intransparens i betygsättningen. Det skrivs att anbud erhåller betyg 6-8 beroende på i vilken grad anbudet bedöms uppfylla målsättningen. Hur denna gradbedömning går till utöver definitionen beskrivs inte. Det framgår inte hur de faktorer som tillmätts betydelse poängsätts sinsemellan.

Förfrågningsunderlaget ger inte någon vägledning för vad AF ska väga in för att anbudsgivarens kvalitet ska ge poängen 6, 7 eller 8. Vad beträffar de nämnda spannen kan utvärderingen därför inte ske på objektiva grunder inom ramen för förfrågningsunderlaget. Den poängsättning som görs lämnar ett för stort utrymme för godtycklighet och inom de nämnda spannen har AF i praktiken gett sig själv fri prövningsrätt, vilket strider mot upphandlingsrätten.

Den slutliga kvalificeringen av leverantörerna sker först inför leveransstart vilket innebär att den vinnande anbudsgivaren får komplettera anbudet med konkreta uppgifter om personalresurser och lokaler efter tilldelningsbeslutet är fattat. Tillvägagångssättet möjliggör att en anbudsgivare kan påstå sig ha tillgång till resurser som möter kvalificeringskraven utan att det finns någon möjlighet att genom en överprövning kontrollera om påståendet kan styrkas eller om AF:s avslutande bedömning i kvalificeringsfrågan är korrekt. Den av AF valda proceduren innebär att en del av kvalificeringen görs, därefter utvärderas anbuden med betygssättning och prisjämförelser. Sedan sker tilldelning och till sist, innan leveransen, återupptas kvalificeringen. Först då kontrollerar AF slutligt om angivna skall-krav verkligen är uppfyllda. Några av de skall-krav som prövas först då har i förfrågningsunderlaget betecknats som att de gäller den absolut viktigaste resursen vid leverans av utbildning, nämligen personalen och dess kunskap och erfarenhet. Bolaget har inte ställt några frågor till AF under anbudstidens gång eftersom det inte fanns anledning att misstänka att man skulle riskera att lida skada på det sätt som nu skett.

Genom att räkna på anbuden utifrån att man vill kontrollera om oklarheten vad avser betygskriterierna kunnat påverka vilken anbudsgivare som vinner kan konstateras att det varit teoretiskt möjligt för bolaget att vinna upphandlingen, i vart fall beträffande utbildningsorten Kalmar. Eftersom

bolaget inte fått ta del av vinnande leverantörs anbud kan man inte avgöra om de har vunnit rättmätigt. Bolaget har lidit eller kan komma att lida skada eftersom man vid en korrekt utformad utvärderingsmodell hade kunnat tilldelas ytterligare avtal. Skadan består vidare i att bolaget inte kan begära en överprövning även om vinnande leverantör inte kan leverera enligt skall-kraven.

Arbetsförmedlingen

AF bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. AF använder en s.k. Absolut utvärderingsmodell vilket innebär att utvärderingen av ett anbud inte är beroende av andra anbud. Av förfrågningsunderlaget framgår att man valt tre kvalitetskriterier (utvärderingskriterier) vilka är tydligt angivna i fallande ordning utifrån vilket mervärde de maximalt kan generera. AF beskriver mervärdesmodellen med definitioner och principen för själva genomförandet av utvärderingen. Respektive anbuds mervärde för varje kvalitetskriterium räknas fram genom att de beskrivningar som anbudet innehåller bedöms och betygsätts. I den nu aktuella upphandlingen har man valt en betygsskala från 0 till 10. Betygsskalan presenteras där det framgår vad beskrivningen ska innehålla för att uppnå ett visst betyg. Varje betygssteg, förutom 8-6 och 3-1 som anges som spann, innehåller en specifik information om vad beskrivningen ska omfatta för att få just det betyget. Till detta avsnitt har även hänvisats till en bilaga "Mervärdesmodell" där det bl.a. finns exempel på fiktiva anbud, allt i avsikt att göra modellen transparent. Under anbudstiden har ingen fråga, anmärkning eller synpunkt inkommit. I tidigare upphandlingar där AF använt 3 eller 5 betygsnivåer har anbudslämnare ofta kritiserat detta för att stegen blir för stora och därmed orättvisa. Med den nu aktuella betygsskalan är det 10 procent mellan betygsstegen, vilket ger större möjlighet att ta hänsyn till "nyanser" i beskrivningarna och anbudslämnarna får en mer rättvis bedömning.

Bolaget har kommit fram till att de rent teoretisk skulle ha kunnat vinna upphandlingen för utbildningsorten Kalmar. Detta är endast ett hypotetiskt resonemang som inte är relevant. AF har bedömt respektive anbuds beskrivningar och satt betyg därefter. När en upphandlande myndighet fastställer andra utvärderingskriterier än enbart pris är det ofrånkomligt att kriterierna i viss mån bedöms subjektivt vid utvärderingen. Det finns heller inga krav i LOU eller gemenskapsrätten på att varje steg i en poängskala ska beskrivas i ord i förfrågningsunderlaget.

Bolaget har blandat ihop kvalificeringsfasen, skall-kravsfasen och utvärderingsfasen. Att påstå att redovisning av personal och lokaler tillhör kvalificering är felaktigt. Av förfrågningsunderlagets avsnitt 1.5.1 framgår att anbudsprövningen sker i tre steg; prövning av att anbudet uppfyller kvalificeringskraven följt av en prövning av skall-kraven och slutligen utvärderingen. Det framgår tydligt och klart via symbolförklaringar vad som omfattar kvalificeringsfasen. Beskrivningen av personal och lokaler är ett skall-krav, inte ett kvalificeringskrav, som vinnande bolag uppfyller. Att först vid avtalstecknandet kontrollera att det finns slutgiltiga avtal för lokaler och för personal är ett beprövat sätt att göra upphandlingar på och bryter inte mot någon grundläggande princip.

DOMSKÄL

De grundläggande principer som enligt 1 kap 9 § LOU ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens (öppenhet och förutsebarhet), ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av det som sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU.

LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat utöver beaktande av de grundläggande principerna. EU-domstolen har uttalat att förfrågningsunderlag och tilldelningskriterier ska vara utformade på så sätt att alla normalt omsorgsfulla och rimligt informerade leverantörer kan tolka dem på samma sätt (mål C-19/00 SIAC Construction, punkt 41-42). Av RÅ 2002 ref. 50 framgår därtill att förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av unionsrättens krav på likabehandling och transparens. I avgörandet uttalade Högsta förvaltningsdomstolen att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet dock gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och unionsrätten inte träds för när.

Modellen för utvärderingen och betygssteg

I förfrågningsunderlagets avsnitt 1.5.2 "Tilldelningsgrund" anges bl.a. följande. Arbetsförmedlingen tillämpar som tilldelningsgrund det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Den utvärderingsmodell som Arbetsförmedlingen tillämpar i denna upphandling är en Mervärdesmodell där ett antal kvalitetskriterier (utvärderingskriterier) tillmäts ett värde i kronor vid sidan av anbudspriset. Under avsnitt 1.5.3 "Tilldelningskriterier" anges att AF har valt tre kvalitetskriterier (utvärderingskriterier) som bedöms och betygsätts på en skala 0 till 10.

Följande kvalitetskriterier bedöms:

1. Beskrivning av Yrkesinriktad påbyggnads- och breddningsutbildning – max. mervärde 400 kr/kursdeltagarvecka (kdv)
2. Beskrivning av Arbetsplatsförlagd utbildning – max. mervärde 300 kr/kdv
3. Beskrivning av Förberedande utbildning – max. mervärde 200 kr/kdv

Därefter beskrivs mervärdesmodellen och under rubriken "Betygsättning av kvalitetskriterierna" anges vad som krävs för att uppnå respektive betyg. Betygssteg 0, 4, 5, 9 och 10 har samtliga separata bedömningskriterier. Högsta betyg (10) erhåller ett anbud där aktuellt utvärderingskriterium **mycket väl, tydligt och målinriktat** beskriver vad som efterfrågas i förfrågningsunderlaget och bedöms **tillföra tjänsten maximalt mervärde** när det gäller att bli det målinriktade verktyg som krävs för att målsättningen med utbildningen ska uppnås. Betygen 8-6 och 3-1 anges som spann och i informationen om betygsstegen anges att anbud erhåller betyg 8-6 respektive 3-1 beroende på i vilken grad anbudet bedöms uppfylla målsättningen.

Förvaltningsrätten anser att den utvärderingsmodell som valts är tydligt och transparent samt garanterar att alla anbudsgivare behandlas lika. Vad avser betygssättningen av utvärderingskriterierna framgår det av förfrågningsunderlaget att anbudsgivarna kommer att tilldelas betyg i förhållande till hur beskrivningen i anbudet ansluter till vad som efterfrågas i vissa delar av förfrågningsunderlagets avsnitt 1.4 "Krav på utbildningen". Förvaltningsrätten anser att anbudsgivarna mot bakgrund av informationen i förfrågningsunderlaget får anses ha fått en tillräckligt god bild av vad AF skulle komma att tillmäta betydelse vid betygssättningen av kriterierna och prövningen av anbudet.

Bolaget har gjort gällande att det inte framgår hur de faktorer som tillmäts betydelse poängsätts sinsemellan i spannen 8-6 och 3-1. I beskrivningen av betygen anges dock att anbud erhåller betyg 8-6 respektive 3-1 beroende på i vilken grad anbudet bedöms uppfylla målsättningen. Förvaltningsrätten anser därför att avsaknaden av information i förfrågningsunderlaget om exakt vad som krävs för att erhålla betygen 8, 7 och 6 respektive 3, 2 och 1 inte innebär att tolkningsutrymmet är så stort att anbudsgivarna inte kan avgöra vad som efterfrågas eller vad som kommer att tillmätas betydelse. Förvaltningsrätten finner med hänsyn härtill att vad bolaget har anfört i denna del inte innebär att de principer som bär upp LOU och unionsrätten har åsidosatts.

Fullgörelse av skall-krav efter tilldelning

Bolaget har även gjort gällande att AF för sent kontrollerar om angivna skall-krav är uppfyllda. I förfrågningsunderlaget avsnitt 1.3.7 "Personella resurser" anges bl.a. följande. Det krävs att utbildningsleverantörernas personal har ingående kännedom om, och erfarenhet av den aktuella branschen och om de i denna upphandling efterfrågade yrkesområdena. Personalresursen ska ha såväl teoretisk utbildning som praktisk erfarenhet av det aktuella branschområdet, samt även pedagogisk förmåga att delge deltagarna denna kunskap.

Under punkten 2.1.2 i förfrågningsunderlaget för respektive utbildningsort anges bl.a. följande. Anbudsgivare ska i anbudet lämna uppgifter om:

- a) vem som är huvud- och utbildningsansvarig samt redovisa dennes kompetens.
- b) den samlade kompetensen som tillhandahålls under avtalstiden, t.ex. genom CV/meritförteckningar som bekräftar att personalresursen besitter den efterfrågade kunskapen och kompetensen.

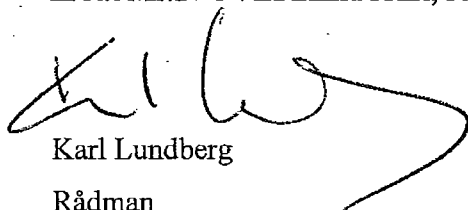
Det kan vara svårt för en anbudsgivare att redan vid anbudslämnandet redovisa att han på aktuell utbildningsort förfogar över en personalresurs för utbildningstjänsten med en leveransstart som ligger framåt i tiden, och då den faktiska deltagarvolymen inte är känd. Av den anledningen godkännes om anbudsgivaren redovisar vilken personell kompetens man garanterar inför leveransstart. Redovisningen ska då innehålla en beskrivning av vilken utbildnings- och erfarenhetsbakgrund den personal kommer att besitta som anbudsgivaren har för avsikt att tillhandahålla. Senast en månad före leveransstart ska antagen leverantör presentera minst två (2) lärare på heltid som svarar upp mot den tidigare i anbudet lämnade beskrivningen och som är tillgängliga för att leverera utbildningstjänsten. Efter leveransstart ska personaltätheten följa den i bilagan "Personaltäthet" angivna.

När en upphandlande myndighet bestämmer föremålet och kraven för en upphandling har den stor frihet. Något allmänt hinder mot att i upphandlingar ställa krav som ska vara uppfyllda av anbudsgivaren först vid tidpunkt för leverans finns inte, dock ska de i upphandlingen ställda kraven kunna kontrolleras (se EG-domstolens dom i mål C-448/01). Förvaltningsrätten kan konstatera att samma förfrågningsunderlag och utvärderingsmodell tillämpats för samtliga anbudsgivare och att AF vid utvärderingen följt sin utvärderingsmodell.

Tidpunkten för när kraven beträffande personalresurser och lokaler ska vara uppfyllt är inte tvistig utan frågan är om det är förenligt med LOU att just de kraven är sådana att de kan uppfyllas så sent som vid avtalsingåendet. Då det, precis som nämnts i förfrågningsunderlaget, är svårt att förutse volymen på den upphandlade arbetsmarknadsutbildningen anser förvaltningsrätten att ett uppfyllande vid avtalsingåendet inte strider mot någon förfarandebestämmelse eller någon av de principer som ska efterlevas vid offentlig upphandling.

Förvaltningsrätten finner därmed sammantaget att det mot bakgrund av vad bolaget har anfört i målet inte föreligger skäl för ett ingripande med stöd av 16 kap. 6 § LOU. Bolagets ansökan ska därmed avslås.

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



Karl Lundberg
Rådman

Föredragande har varit Elin Vidlund.



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 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