

KLAGANDE

Arbetsförmedlingen
Enheten Juridik
113 99 Stockholm

MOTPART

Yrkesakademin AB, 556346-6233

Ombud:

Advokat Mikael Engström och jur.kand. Ellen Dalsryd
Advokatfirman Cederquist KB
Box 1670
111 96 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 6 september 2016
i mål nr 11403-16, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Arbetsförmedlingen yrkar att kammarrätten undanröjer förvaltningsrättens dom och i första hand avslår Yrkesakademin AB:s yrkande om att upphandlingen ska göras om och i andra hand beslutar att utvärderingen ska göras om. Arbetsförmedlingen hänvisar till vad som tidigare anförts och lägger till bl.a. följande.

Det är inte fråga om en specificerad eller jämförbar produkt och då måste det finnas utrymme för den upphandlande myndigheten att använda sig av en mer öppen kravställning och utvärderingsmodell. Målsättningen är i förfrågningsunderlaget klart och tydligt formulerad.

Av förfrågningsunderlaget framgår att utbildningen ska genomsyras av kontinuerligt jobbsökande och lyfta fram vikten av de mjuka kompetenser som arbetsmarknaden i dag kräver. Dessa kompetenser beskrivs som flexibilitet och utbildning, initiativ, kommunikation, kvalitetsmedvetande, laganda och stresstålighet, och de ska vidare finnas som ett genomgående inslag genom hela utbildningen. Det betonas att anbudsgivarnas beskrivning av upplägg och genomförande ska förklara hur utbildningen anpassas till deltagare med särskilda behov. Att det inte anges exakt vad i beskrivningen som genererar vilket betyg kan inte anses göra förfrågningsunderlaget oförutsägbart.

Om man på förhand skulle ange vad mervärde består av och vad som ska stå i beskrivningen för att få en viss poäng skulle detta resultera i genomgående samma svar från många anbudsgivare. Detta skulle även innebära att Arbetsförmedlingen blir den som bestämmer hur leverantörerna ska jobba med kvalitet, vilket upplägg de ska ha och hur det ska genomföras. Inget utrymme skulle därmed ges för att

leverantörernas egna kompetenser och kvalitet skulle lyftas fram och bedömas. Kravspecifikationen är tillräckligt tydlig för att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare ska kunna avgöra hur ett anbud ska utformas.

Avsikten med att använda en mervärdesmodell vid upphandling av yrkesförarutbildning var att erbjuda innovativa utbildningsföretag möjlighet att lyfta fram moment i sin utbildning som ökar kursdeltagarnas anställningsbarhet. Anbudsgivarna erbjöds därför utrymme för nytänkande och för att införa moment i utbildningen som förbereder kursdeltagare för den nya yrkesrollen i dagens samhälle. I detta hänseende kan den som står nära branschen tänkas ha bättre detaljkunskap än Arbetsförmedlingen vilket motiverar en öppnare form av upphandling. Alla anbud har dessutom bedömts av en och samma grupp personer vilket ytterligare stärker objektivitet och likabehandling i betygsättningen. Utvärderingsmodellen strider därför inte mot LOU på grund av hur mervärde är definierat i förfrågningsunderlaget.

Yrkesakademin AB (bolaget) anser att överklagandet ska avslås, hänvisar till vad som tidigare anförts och lägger till bl.a. följande.

Den yrkesförarutbildning som är föremål för upphandlingen har funnits på marknaden i flera år och är i stora delar standardiserad.

Upphandlingsföremålet är därför inte en sådan produkt som skulle kunna tillåta att Arbetsförmedlingen använde sig av en mer öppen kravställning och utvärderingsmodell.

Då Arbetsförmedlingen inte gett tydlig ledning för vad som tillmäts betydelse i utvärderingen strider detta mot principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,

LOU. Vad som skulle kunna utgöra mervärde, dvs. vad som tillmäts betydelse i utvärderingen, är inte beskrivet i förfrågningsunderlaget.

SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Vid bedömningen av om Arbetsförmedlingen beaktat de upphandlingsrättsliga principerna om transparens och likabehandling behöver man ta hänsyn till upphandlingsföremålets karaktär. Eftersom upphandlingsföremålet är en utbildningstjänst måste Arbetsförmedlingen kunna använda sig av en mer öppen kravställning och utvärderingsmodell.

Av förfrågningsunderlaget framgår att utvärderingsmodellen är en mervärdesmodell där ett antal kvalitetskriterier (utvärderingskriterier) tillmäts ett värde i kronor vid sidan av anbudspriset. Det aktuella utvärderingskriteriet, utbildningens upplägg och genomförande, bedöms och betygsätts på en skala. Det framgår att vad som utvärderas är anbudsgivarens egen beskrivning av hur man, utifrån vad som efterfrågas i förfrågningsunderlaget, avser att uppnå målsättningen med upphandlingen.

Med hänsyn till upphandlingsföremålets karaktär av utbildningstjänst anser kammarrätten att det i och för sig inte kan anses strida mot de upphandlingsrättsliga principerna med denna form av utvärdering av anbudsgivarens egen beskrivning utifrån kravställningen i förfrågningsunderlaget.

När det gäller betygsättningen gör kammarrätten följande bedömning.

Betygsättningen är beroende av hur tydligt beskrivningen av upplägg och genomförande bedöms tillföra ett mervärde när det gäller att nå målsättningen med utbildningen. Det framgår att det inte bedömts vara

fråga om något mervärde utöver vad som minst kan förväntas om anbudsgivaren tilldelats betyg 0, medan det bedömts vara fråga om maximalt mervärde om anbudsgivaren tilldelats betyg 10. Det ges ingen ledning rörande vad som utgör en faktisk miniminivå för vad som minst kan förväntas för att målsättningen med utbildningen ska uppnås och vad som därutöver alltså utgör ett mervärde.

Det ges inte heller någon ledning för vad som tillmäts betydelse för att anbudsgivarna ska få ett visst betyg, och det är också svårt att förstå vilken skillnaden är mellan olika betyg. Detta illustreras särskilt tydligt av betyg 3–1 som anges som en och samma grupp och inte innehåller någon beskrivning av vad som skiljer de olika betygsnivåerna åt. I stället anges att ”anbud erhåller betyg 3–1 beroende på i vilken grad anbudet bedöms uppfylla målsättningen”. Motsvarande anges för betyg 8–6.

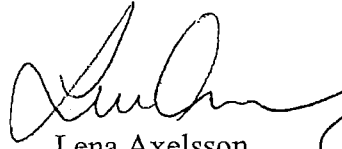
Kammarrätten anser mot denna bakgrund att betygsättningen har öppnat för en alltför godtycklig bedömning som inte kunnat förutses av anbudsgivarna. Upphandlingen strider därför i den delen mot principerna om likabehandling och transparens. Vad Arbetsförmedlingen anfört om att bolaget inte påtalat några oklarheter under anbudstiden, och att alla anbud bedömts av en och samma grupp personer på Arbetsförmedlingen kan inte medföra någon annan bedömning.

Bolaget har till följd av bristerna i förfrågningsunderlaget inte kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud, vilket medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Då bristerna hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen är det inte tillräckligt med rättelse utan upphandlingen måste göras om. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



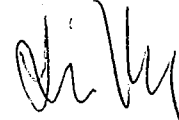
Catharina Bregé
kammarrättsråd
ordförande



Lena Axelsson
kammarrättsråd
referent



Pernilla Flank
kammarrättsråd



Lina Vogel
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Avdelning 30

DOM
2016-09-06
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
11403-16

SÖKANDE

Yrkesakademien AB, 556346-6233

Ombud:
Advokat Mikael Engström
Jur.kand. Ellen Dalsryd

Advokatfirman Cederquist KB
Box 1670
111 96 Stockholm

MOTPART

Arbetsförmedlingen, 202100-2114
113 99 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning av offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att Arbetsförmedlingens upphandling avseende yrkesförarutbildning buss (Af-2015/254344) ska göras om.

Dok.Id 744349

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Arbetsförmedlingen genomför en upphandling av yrkesförarutbildning buss (Af-2015/254344) enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Upphandlingen består av 23 leveransorter (anbudsområden). Bolaget har lämnat anbud på samtliga anbudsområden. Enligt tilldelningsbeslut har Arbetsförmedlingen beslutat att ingå avtal med Grönlunds Yrkesutbildnings AB på samtliga anbudsområden.

Yrkesakademin AB (bolaget) yrkar att upphandlingen ska göras om och anför bland annat följande. Arbetsförmedlingen har utformat och tillämpat utvärderingsmodellen på ett godtyckligt och oförutsebart sätt i strid med principerna om likabehandling och transparens. Ansökan tar endast sikte på utvärderingskriteriet ”Upplägg och genomförande”. Det har inte framgått vad som enligt Arbetsförmedlingen utgör mervärde. Överträdelserna har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada eftersom bolaget annars hade formulerat ett mer konkurrenskraftigt anbud.

Arbetsförmedlingen anser att ansökan ska avslås och anför bland annat följande. I förfrågningsunderlaget framgår hur bedömningen kommer göras, grunderna för detta, samt vilken påverkan bedömningen har på anbudspriset och därmed den slutliga bedömningen av anbudet. Bolaget har haft samma möjligheter som alla övrigt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare att tolka tilldelningskriterierna.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. 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 om ingripande mot upphandlingen.

Utvärderingsmodellen

Av punkt 1.5.2 i förfrågningsunderlaget framgår att Arbetsförmedlingen tillämpar det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som tilldelningsgrund. Arbetsförmedlingen kommer att anta det anbud som uppfyller samtliga krav och som efter att sammanlagt mervärde subtraheras från anbudspriset uppnår den lägsta jämförelsesumman.

Av punkt 1.5.3 framgår att två utvärderingskriterier bedöms; "Upplägg och genomförande" respektive "Utrustning".

Bolagets ansökan gäller endast utvärderingskriteriet "Upplägg och genomförande". Beskrivning av utbildningens "Upplägg och genomförande" kan ge ett maximalt mervärde om 4 000 sek.

Beskrivning och motivering i fritext av "Upplägg och genomförande" som lämnats under punkt 1.4.1 i förfrågningsunderlaget kommer att bedömas och utvärderas.

I punkt 1.4.1 anges följande. Anbudsgivaren ska i anbudet beskriva upplägg och genomförande. Arbetsförmedlingen efterfrågar en beskrivning där samtliga fyra kategorierna beskrivna under punkten 1.4.2 "Innehåll" finns med. Fokus i beskrivningen bör vara på nämnda kategorier och inte på enskild modulnivå.

Av punkten 1.4.2 framgår att leverantören ska tillhandahålla utbildningen som ett flexibelt modulsystem. De fyra kategorierna är testmoduler, moduler för yrkesförarutbildning, moduler för mängdträning och övriga moduler. Det anges även närmare vad som ingår i varje modul.

Det betonas att utbildningen ska genomsyras av de mjuka kompetenserna som arbetsmarknaden idag kräver. Dessa beskrivs som flexibilitet och utveckling, initiativ, kommunikation, kvalitetsmedvetenhet, laganda och stresstålighet.

Arbetsförmedlingen uppmanar anbudsgivaren att i beskrivningen koncentrera sig på den information som efterfrågas. Det betonas även att anbudsgivarens förmåga och möjlighet att anpassa utbildningen till deltagare med särskilda behov är viktigt att få med, t.ex. behov av yrkesspecifik svenska eller deltagare med funktionsnedsättningar. Av beskrivningen ska framgå hur anbudsgivaren kommer att individanpassa utbildningen så att den utgår från deltagarens förutsättningar.

I särskild ruta ska motivering lämnas över hur anbudsgivarens redovisade upplägg och genomförande leder till anpassade utbildningar samt att målet med utbildningen nås. Anbudsgivarens beskrivning av upplägg och genomförande, inklusive motivering, utvärderas enligt en tiogradig skala enligt nedan.

I punkt 1.1.3 anges följande. Syftet med utbildningen som nu upphandlas är att tillgodose behovet av kompetent arbetskraft inom Transportområdet buss samt korta ledtiden till arbete för de arbetssökande som är inskrivna hos Arbetsförmedlingen och som har behov av en grund- eller påbyggnadsutbildning inom området. Målet med utbildningen är att deltagarna på snabbast möjliga vis erhåller de intyg, bevis, certifikat och en kompetensnivå som motsvarar de krav för anställning som ställs inom området och att 100% av kursdeltagarna efter avslutad utbildning är anställningsbara.

Betyg ges enligt nedanstående betygsskala.

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.

Betyg 9 Erhåller ett anbud där aktuellt utvärderingskriterium tydligt och målinriktat beskriver vad som efterfrågas i förfrågningsunderlaget och bedöms tillföra tjänsten ett högt mervärde när det gäller att bli det målinriktade verktyg som krävs för att målsättningen med utbildningen ska uppnås.

Betyg 8 – 6 Anbud som för det aktuellt utvärderingskriterium beskriver tydligt och bra vad som efterfrågas i förfrågningsunderlaget och bedöms tillföra tjänsten ett mervärde över medel när det gäller att bli det målinriktade verktyg som krävs för att målsättningen med utbildningen ska uppnås. Anbud erhåller betyg 8 - 6 beroende på i vilken grad anbudet bedöms uppfylla målsättningen.

Betyg 5 Erhåller ett anbud där aktuellt utvärderingskriterium tydligt beskriver vad som efterfrågas i förfrågningsunderlaget och bedöms tillföra tjänsten ett mervärde på medelnivå när det gäller att bli det målinriktade verktyg som krävs för att målsättningen med utbildningen ska uppnås.

Betyg 4 Erhåller ett anbud där aktuellt utvärderingskriterium beskriver vad som efterfrågas i förfrågningsunderlaget och bedöms tillföra tjänsten ett mervärde strax under medel när det gäller att bli det målinriktade verktyg som krävs för att målsättningen med utbildningen ska uppnås.

Betyg 3 – 1 Anbud som för aktuellt utvärderingskriterium beskriver vad som efterfrågas i förfrågningsunderlaget och bedöms tillföra tjänsten ett lågt men visst mervärde när det gäller att bli det målinriktade verktyg som krävs för att målsättningen med utbildningen ska uppnås. Anbud erhåller betyg 3 - 1 beroende på i vilken grad anbudet bedöms uppfylla målsättningen.

Betyg 0 Erhåller anbud som för aktuellt utvärderingskriterium beskriver vad som efterfrågas i förfrågningsunderlaget men inte bedöms tillföra tjänsten något mervärde utöver vad som minst kan förväntas för att målsättningen med utbildningen ska uppnås.

I förfrågningsunderlaget bilaga 3 framgår att den 10-gradiga skalan motsvarar procentsatser av det maximala mervärdet 4 000 SEK. Där 10 motsvarar 100 %, 9 motsvarar 90 %, 7 motsvarar 70 % osv.

Resultatrapporten

Nedanstående är ett utdrag ur resultatrapporten för anbudsområdet Eskilstuna.

Grönlunds Yrkesutbildningar AB gavs poäng 5 i utvärderingen av kriteriet upplägg och genomförande. I upphandlarens kommentar till Grönlunds Yrkesutbildningar AB:s anbud anges följande. Grönlunds Yrkesutbildningar AB har i anbudet tydligt beskrivet hur man tänker genomföra utbildningen. De har varit tydliga med hur man arbetar med pedagogiken och motiverat valet av olika metoder. Anbudets beskrivning av stödet till deltagare med särskilda behov är tydlig och målinriktad där redovisar man olika former av stöd samt hur man kan tillhandahålla och anpassa utbildningen och material för dessa deltagare. Arbetsförmedlingen bedömer att anbudets beskrivning tillför tjänsten ett mervärde på medelnivå.

Yrkesakademin gavs poäng 5 för det aktuella utvärderingskriteriet med följande motivering. Yrkesakademin AB har i anbudet tydligt beskrivet hur man tänker genomföra utbildningen med utgångspunkt från de fyra kategorierna. Anbudets beskrivning av stödet till deltagare med särskilda behov är tydlig och målinriktad där redovisar man olika former av stöd samt hur man kan tillhandahålla utbildningen och anpassa utbildningsmaterialet för dessa deltagare. Arbetsförmedlingen bedömer att anbudets beskrivning tillför tjänsten ett mervärde på medelnivå.

Trafique Sweden gavs poäng 6 för det aktuella utvärderingskriteriet med följande motivering. Trafique Sweden AB har i anbudet tydligt och bra

beskrivet hur man tänker genomföra utbildningen. Det är tydligt beskrivet hur man tänker använda sig av de extra pedagogresurserna i syfte att stötta enskilda deltagare. Anbudets beskrivning av stödet till deltagare med särskilda behov är tydlig och målinriktad där redovisar man olika former av stöd samt hur man kan tillhandahålla och anpassa utbildningen och material för dessa deltagare. Arbetsförmedlingen bedömer att anbudets beskrivning tillför tjänsten ett mervärde över medel.

Parternas inställning

Bolaget har anfört följande. Bolaget har granskat upphandlingens resultat i förhållande till utvärderingsmodellen, och har därvid inte kunnat förstå vad Arbetsförmedlingen har tillmätt betydelse vid betygsättningen. Bolaget har därför inlett en dialog med Arbetsförmedlingen och vid upprepade tillfällen begärt att få upplysningar om bedömningarna. Några upplysningar har dock inte erhållits från Arbetsförmedlingen.

Utan närmare ledning för vad Arbetsförmedlingen avser med mervärde blir anbudsgivningen en gissningslek. Att inte ens de anbudsgivare med mångårig erfarenhet av just yrkesutförarutbildningar för busschaufförer har erhållit ett högre betyg än medel, är synnerligen anmärkningsvärt mot bakgrund av bedömningskriteriernas målsättning. Det är uppenbart att ingen anbudsgivare har kunnat utläsa vad som skulle komma att tillmätas betydelse vid bedömningen av mervärden.

Vad som utgör ett mervärde framgår inte av förfrågningsunderlaget, och har heller inte kunnat förklaras av Arbetsförmedlingen i efterhand. Vad Arbetsförmedlingen kräver för att bedöma en beskrivning som "tydlig" eller "tydlig och bra" framgår inte närmare av bedömningskriterierna. Arbetsförmedlingen har i denna del inte uppställt några som helst underkriterier eller på annat sätt närmare angivit vad Arbetsförmedlingen avser med värdeorden och ämnar tillmäta betydelse vid bedömningen av om en viss beskrivning når upp till viss poäng. För en anbudsgivare är det härvid inte möjligt att i rimlig mån förutse vad som är en 7 poängsbeskrivning av

“vad som efterfrågas i förfrågningsunderlaget” och vad som exempelvis istället är en 5- poängsbeskrivning av samma förhållande. Att en sådan utvärderingsmodell står i strid med LOU framgår klart av bl.a. Kammarrätten i Göteborgs domar i mål nr 6996-08 och 4646-10 samt Kammarrätten i Stockholms domar i mål nr 7362-12, 9818-14 och 5098-15, där motsvarande typer av utvärderingsmodeller underkändes med hänvisning till bristande transparens.

Av resultatrapporten framgår inte heller hur utvärderingen har gått till. Arbetsförmedlingen har endast citerat texten i aktuell betygsnivå och har inte redovisat någon närmare motivering för tilldelade betyg eller specificerat de mervärden som påstås ha identifierats i anbudet. Förfrågningsunderlaget är otydligt tillika motsägelsefullt avseende vad som faktiskt utgör ett mervärde. Oklarheten härvidlag tydliggörs vid en jämförelse mellan det som uttryckts i förfrågningsunderlagets betygsskala och det som sedermera uttryckts i tilldelningsbeslutet.

För att illustrera godtyckligheten i Arbetsförmedlingens genomförande samt vikten av vägledning, kan följande påvisas. Bolaget är av åsikten att deras initiativ “Bron in i arbetslivet” med extra resurser till de deltagare som har låg förankringsgrad i arbetsmarknaden, i högsta grad tillför mervärde för målsättningen att alla deltagare ska bli anställningsbara. På motsvarande sätt anser bolaget att deras yrkesrollsanpassning och systematiska metodik för att överkomma deltagarnas individuella hinder för anställningsbarhet tillför ett mervärde för målsättningen. Den bedömningen har uppenbarligen inte delats av Arbetsförmedlingen, då bolagets beskrivning endast erhållit ett medelbetyg. Varför så är fallet går inte att förstå, i synnerhet inte genom att hämta ledning ur förfrågningsunderlaget. Bolaget har presenterat en rad åtgärder inom flertalet områden som på olika sätt gör kursdeltagarna anställningsbara, t.ex. kontakter med arbetsmarknaden och målinriktat arbete med de “mjuka kompetenser” som efterfrågas.

I resultatrapporten redogörs dock för hur väl den erbjudna utbildningen har anpassats för "deltagare med särskilda behov". Det förefaller därmed som att Arbetsförmedlingen i sin utvärdering främst värdesatt en viss sorts mervärde, nämligen i vad mån anbudsgivare förmått anpassa utbildningen för deltagare med särskilda behov. Otydligheten och bristen på vägledning förstärks ytterligare av att det ur resultatrapporten framgår att anbudsgivarna som erhållit betyg 6, Trafique AB och Karlstad Trafikskola AB, har erhållit poäng för sina beskrivningar av arbetet med "extra pedagogresurser". Någon sådan notering återfinns inte i kommentarerna till de övriga anbudsgivarna och det förefaller därmed som att beskrivningarna av extra pedagogresurser utgjort skillnaden mellan betyg 6 och lägre betyg. Faktum är att "extra pedagogresurser" överhuvudtaget inte nämns i de delar av förfrågningsunderlaget som är föremål för utvärdering.

Godtyckligheten hade med enkla medel kunnat undanröjas utan att förminska konkurrensmomentet i upphandlingen. Utan att äventyra upphandlingens syfte och konkurrensen mellan anbudsgivarna, hade Arbetsförmedlingen bl.a. kunnat beskriva mervärden i form av kategorier, exempelvis deltagares möjligheter till kontakter med arbetslivet eller andra likvärdigt generella beskrivningar. Om sådan vägledning hade angetts i förfrågningsunderlaget skulle anbudsgivare ha kunnat förutse vilka kategorier av kvaliteter som skulle komma att tillmätas betydelse i utvärderingen, och exempelvis kunnat ange att de utför marknadsundersökningar eller erbjuder kontaktsamtal med potentiella arbetsgivare. Om det faktum att mervärde utgörs av någonting utöver det som efterfrågas hade framgått av förfrågningsunderlaget, skulle även detta ha tjänat som vägledning och haft stor betydelse för anbudsgivarens möjlighet att utforma ändamålsenliga anbud. Detsamma gäller om Arbetsförmedlingen hade angett en miniminivå och förklarat att sådant som går utöver den miniminivån kan anses tillföra ett mervärde.

Den enda skillnaden mellan betygsskalans nivåer ifråga om bedömningen av själva beskrivningen är enstaka värdeord, nämligen "tydligt", "tydligt och bra", "tydligt och målinriktat" samt "mycket väl, tydligt och målinriktat". Vad som krävs för att dessa olika värdeord ska anses uppfyllda framgår inte av förfrågningsunderlaget. Bolagets anförande i denna del har inte bemötts av Arbetsförmedlingen. Bolaget efterfrågar inte en detaljerad beskrivning som röjer anbudsgivares eventuella affärshemligheter. Bolaget efterfrågar en redogörelse som visar vilka omständigheter som Arbetsförmedlingen har tagit hänsyn till vid utvärderingen och därmed en närmare motivering för de tilldelade betygen. Det faktum att Arbetsförmedlingen inte överhuvudtaget förmått redogöra för hur upphandlingen gått till, är i bolagets mening talande för den godtycklighet som förekommit i upphandlingen.

Arbetsförmedlingen anför följande. Under punkt 1.4.1 i förfrågningsunderlaget framgår mer utförligt vad beskrivningarna ska fokusera på samt att det är upp till leverantören att motivera, inte bara hur dennes upplägg och genomförande leder till anpassade utbildningar utan även hur målet med utbildningen nås. För att erhålla något av de högre betygen är det således upp till leverantören att övertyga, motivera och påvisa att deras upplägg och genomförande kan anses tillföra ett mervärde för tjänsten och inte minst för deltagaren. Syftet med den tillämpade mervärdesmodellen är att lämna utrymme för en bedömning av leverantörernas kompetenser och kvalitet genom att de själva beskriver bästa upplägg för att nå målen och för att härutöver skapa ett mervärde, ytterst för den enskilde kursdeltagaren. Arbetsförmedlingen håller med om att det är anmärkningsvärt att ingen anbudsgivare fått högre betyg än 6. Arbetsförmedlingen hade större förväntningar på anbudsgivarna när man tog fram förfrågningsunderlaget.

Bolaget har deltagit i ett flertal upphandlingar med samma utvärderingsmodell. Med undantag från yrkesförarutbildning lastbil våren 2016 har bolaget inte haft några invändningar mot upphandlingen. Bolaget hade i

tidigare upphandling ett av de vinnande anbudena. Bolaget har ett stort eget ansvar att under anbudstiden påtala brister eller ställa frågor om något skulle upplevas som oklart. Så har inte skett. Det finns inga krav på att varje steg i en poängskala ska beskrivas i ord i förfrågningsunderlaget (Länsrätten i Stockholm, mål nr 1790-09).

Utgångspunkter för bedömningen

Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad som har betydelse vid upphandlingen (jfr RÅ 2002 ref. 50). EU-domstolen har, i fråga om tilldelningskriterier, uttalat att de ska vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt (C-19/00, SIAC Construction).

Vägledning för tolkning av utvärderingsmodellens förenlighet med LOU finns vidare i flera avgöranden från kammarrätterna, bl.a. i de avgöranden som parterna åberopat i målet.

Den upphandlande enhetens krav ska ha angivits på ett sätt som är tillräckligt för att en leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag även om vissa brister och oklarheter får godtas. (Kammarrätten i Stockholm mål nr 5098-15).

Kammarrätten i Göteborg och Kammarrätten i Sundsvall har funnit att ett stort utrymme för godtycklighet och en i princip fri prövningsrätt innebär att leverantören saknar möjlighet att förutse vad som ska komma att

tillmätas betydelse vid prövning av anbudet (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 6996-08 och Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 237-08).

Vidare har det i andra avgöranden från kammarrätterna slagits fast att det torde vara tillåtet att använda ett visst mått av skön vid utvärderingen av anbudens kvalitet, förutsatt att LOU:s principer inte träds för när (se t.ex. Kammarrätten i Sundsvall i mål nr 2130-12).

Kammarrätten i Stockholm har i mål 8289-15 mfl. uttalat att vid bedömning av utvärderingsmodellen och förfrågningsunderlaget måste hänsyn tas till upphandlingsföremålets karaktär. Föremålet för upphandlingen i målet var konsulttjänster i form av projekt- och klusterutvärderingar. Kammarrätten fann att eftersom det inte var fråga om en specificerad och jämförbar produkt måste det finnas utrymme för den upphandlande myndigheten att använda sig av en mer öppen kravställning och utvärderingsmodell.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Det framgår att poängsättningen i utvärderingen är beroende av hur tydlig beskrivning av upplägg och genomförande är samt hur väl anbudsgivarens beskrivning av upplägg och genomförande leder till anpassade utbildningar och att målet med utbildningen nås. Genom att bedöma anbudsgivarnas fritextsvar utifrån de ovan angivna kriterierna har Arbetsförmedlingen enligt förvaltningsrätten valt en mycket bred utvärderingsgrund.

Upphandlingsföremålet är i förevarande fall är en utbildningstjänst och den upphandlande myndigheten måste visserligen kunna använda sig av en mer öppen kravställning och utvärderingsmodell (jmf Kammarrätten i Stockholms mål nr 8289-15 mfl). Utvärderingsmodellen får däremot inte vara så öppen att den ger utrymme för godtycklighet och fri prövningsrätt.

Arbetsförmedlingen har anfört att bolaget har fått betyg 5 och att bolaget är en av de anbudsgivare som lyckats bäst när det gäller kriteriet upplägg och genomförande. Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det faktum att bolaget är en av de anbudsgivare som lyckats bäst avseende aktuellt utvärderingskriterie, i jämförelse med övriga anbudsgivare, inte innebär att utvärderingskriteriet ska anses vara transparent. Vidare kan konstateras att bolaget endast har fått poäng 5, vilket är ett medelbetyg och alltså inte ett högt mervärde i förhållande till hela betygsskalan.

Arbetsförmedlingen har vidare uppgett att om man på förhand skulle ange vad mervärdena ska bestå i och vad som ska stå i beskrivningen för att erhålla en viss poäng skulle detta resultera i genomgående samma svar från många anbudsgivare. Om Arbetsförmedlingen skulle göra så som bolaget menar skulle detta innebära att det är Arbetsförmedlingen som bestämmer hur leverantörerna ska jobba med kvalitet, vilket upplägg de ska ha och hur det ska genomföras. Inget utrymme skulle därmed ges för att leverantörens egna kompetenser och kvalitet skulle kunna lyftas fram och bedömas. Det är bättre att låta leverantörerna definiera vad de anser vara bästa upplägg och kvalitet samt att motivera hur detta leder till att målen uppfylls. Arbetsförmedlingen har vidare poängterat att uppgifter angående metoder och arbets sätt får anses utgöra konkurrensmedel bakom vilkas framtagande ligger avsevärda resurser nedlagda. Om Arbetsförmedlingen i detalj skulle redovisa detta skulle man röja dessa uppgifter. En konkurrensfördel skulle därmed gå förlorad.

Bolaget har invänt att man inte kräver en detaljerad beskrivning av vad som utgör ett mervärde, utan en tydlig vägledning av vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse i upphandlingen. Bolaget har vidare angett ett konkret förslag på hur utvärderingsmodellen hade kunnat ge mer vägledning avseende mervärden, utan att röja konkurrensen eller generera samma skrivningar från alla anbudsgivare genom en alltför detaljerad

anvisning. Arbetsförmedlingen har inte bemött vad bolaget anfört i denna del. Arbetsförmedlingen har inte heller bemött vad bolaget anfört om att bolagets beskrivning av bland annat yrkesrollsanpassning, kontakter med arbetsmarknaden och arbete med de mjuka kompetenserna borde ha lett till ett högt betyg.

Av betygskriterierna framgår att mervärden ges för beskrivning av upplägg och genomförande som bedöms tillföra tjänsten ett mervärde utöver "vad som minst kan förväntas för att målsättningen med utbildningen ska uppnås". Förvaltningsrätten konstaterar dock att förfrågningsunderlaget inte ger någon vägledning vilken nivå som utgör denna miniminivå av vad som minst kan förväntas.

Målsättningen för upphandlingen är att deltagarna så snabbt som möjligt erhåller vad som krävs för anställning inom området och att de blir anställningsbara efter avslutad utbildning. Målsättningen är enligt förvaltningsrätten mycket allmänt hållen. Förvaltningsrätten finner även att betygskriterierna är beskrivna i allmänna ordalag utan närmare vägledning till vad som krävs för att erhålla respektive poäng. Att betygsskalan dessutom är indelad i hela 10 olika steg gör det ännu svårare att förstå vad som skiljer de olika betygsstegen åt.

En allmänt hållen beskrivning av betygsskalan som den nu aktuella hade möjligtvis kunnat accepteras om utvärderingskriteriet varit mer avgränsat och det av förfrågningsunderlaget i övrigt närmare angetts vad som tillmäts betydelse i utvärderingen. I nu aktuellt förfrågningsunderlag är dock utvärderingskriteriet mycket brett och ospecificerat och såväl betygskriterierna som målsättningen med upphandlingen mycket allmänt hållna. Det saknas tydlig ledning för vad som krävs för att anbudsgivarna ska erhålla ett visst mervärde som i sin tur genererar prisavdrag.

Att bolaget tidigare har vunnit Arbetsförmedlingens upphandling med motsvarande utvärderingsmodell och deltagit i flera motsvarande upphandlingar utan att invända mot utvärderingsmodellen kan inte tas som intäkt för att utvärderingsmodellen är tillräckligt tydligt formulerad. Att bolaget inte påtalat brister med utvärderingsmodellen under anbudstiden påverkar inte heller bedömningen.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att det av förfrågningsunderlaget inte tillräckligt tydligt framgår vad som kommer att tillmätas betydelse i utvärderingen. Förfrågningsunderlaget har således lämnat öppet för en alltför godtycklig bedömning som inte kunnat förutses av presumtiva leverantörer. Förfrågningsunderlagets utformning strider därmed mot principerna om förutsebarhet och transparens.

Skada och åtgärd

Bristen hänför sig till förfrågningsunderlaget och därmed det konkurrensuppsökande skedet. Skaderekvisitet är i dessa fall lågt ställt och det räcker att leverantören kan visa att denne hade kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud om felet inte förelåg.

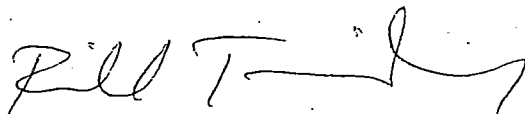
Arbetsförmedlingen har anfört att bolaget har fått bra poäng på aktuellt utvärderingskriterie och att man förlorat på att man offererat ett högre pris jämfört med konkurrenterna. Bolaget har bemött detta och anfört följande. Bolaget har i eget tycke erbjudit en tjänst som tillför ett högt mervärde för Arbetsförmedlingen, vilket självfallet har haft en inverkan på bolagets anbudspris. Utvärderingsmodellens lagstridiga utrymme för subjektivitet har gjort det omöjligt att uppskatta det potentiella utslaget av prisavdrag för mervärde i utvärderingen, och avsaknaden av vägledning har således berövat bolaget möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Utvärderingskriteriets bristande vägledning för vad som efterfrågas med

“mervärde” har även omintetgjort anbudsgivarnas möjlighet att lämna konkurrenskraftiga anbudspriser. Ett mervärde innebär sannolikt en kostnad för anbudsgivaren som därmed måste tas höjd för i anbudspriset. Eftersom anbudsgivarna har saknat vägledning för vad som kan anses utgöra ett mervärde har anbudsgivarna inte heller kunnat uppskatta det möjliga utslaget av ett eventuellt prisavdrag för mervärde i utvärderingen. Bristerna i utvärderingsmodellen har således även berövat anbudsgivarna möjligheten att konkurrenskraftigt prissätta sina anbud.

Bolaget har enligt förvaltningsrätten genom det anförda visat att bristen i förfrågningsunderlaget påverkat bolagets möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud och bolaget har därmed riskerat att lida skada av bristen. Grund för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger därför. Eftersom bristerna hänför sig till förfrågningsunderlaget har det konkurrensuppsökande skedet påverkats. Bristerna kan därför inte avhjälpas genom rättelse och att en ny utvärdering genomförs. Upphandlingen ska därför göras om. Med denna utgång saknas det skäl att pröva bolagets invändningar mot hur själva utvärderingen gått till.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).



Rickard Tennisberg
Förvaltningsrättsfiskal

Charlotte Wallberg har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.