



SÖKANDE

Merit AB
Box 18130
200 32 Malmö

Ombud: Nordbro AB
c/o Ilan Sadé
Anna Lindhs Plats 4
211 19 Malmö

MOTPART

Arbetsförmedlingen
Juridiska enheten
113 99 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2011-08-17	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Merit AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Arbetsförmedlingen genomför en upphandling benämnd Meritportfölj, dnr Af 2010/307008. Upphandlingen avser ramavtal med avropsordning och utgörs av 61 separata upphandlingar för olika arbetsmarknadsområden. Upphandlingen sker genom förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas för varje upphandlingsområde. I tilldelningsbeslut som sändes ut till leverantörerna den 24 mars 2011 har Arbetsförmedlingen meddelat att upphandlingen resulterat i ett beslut att träffa avtal med annan leverantör än Merit AB (bolaget) för samtliga upphandlingsområden som bolaget lämnade anbud i.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om för arbetsmarknadsområdena Malmö, Lund, Helsingborg och Trelleborg. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska besluta om rättelse på så sätt att utvärderingen avseende utvärderingskriteriet dokumentation ska göras om i avtalsområdena Malmö, Lund, Helsingborg och Trelleborg samt att Academia AB:s anbud ska förkastas.

Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande.

Det framgår inte vilka enskilda faktorer inom områdena Dokumentation och Upplägg som har betydelse vid betygssättningen. Leverantörerna har därför att utgå från vad som är typiskt och logiskt sett har stor betydelse för uppdragets genomförande också har stor betydelse vid betygssättningen. Upphandling ska ske på ett öppet sätt. Det måste vara förutsägbart för leverantören vilka faktorer som kommer tillmätas betydelse. Bolaget har tolkat förfrågningsunderlaget som att det är väsentligt att visa på kopplingen mellan modulerna (beskrivning av tillvägagångssätt) och de meritportföljsdokument som ska tas fram åt individen som deltar i verksamheten. Detta

särskilt mot bakgrund av ska-kravet i punkt 3.14 i förfrågningsunderlaget om att exempel på dokument *utifrån efterfrågade moduler* ska redovisas. Även om arbetsförmedlingen inte närmare preciserar exakt hur redovisningen ska ske i detta avseende, är det rimligt att anta att tydlighet avseende vilka moduler de olika dokumenten tillhör, samt hur väl dessa dokument är anpassade till modulernas innehåll och upplägg, är en väsentlig faktor vid betygssättningen. Bolaget har särskilt inriktat sig på att ge konkreta exempel på hur dokument kan komma att se ut, vilket bolaget har uppfattat som nödvändigt för att uppfylla ska-kravet. Det bristfälliga förfrågningsunderlaget har medfört att upphandlingen inte har genomförts på ett öppet sätt. Bolaget har lidit skada till följd av detta. Följden måste bli att upphandlingen görs om.

I förfrågningsunderlaget framgår att leverantören ska bifoga förslag/utkast av samtliga dokument som efterfrågas inklusive exempel på resultat från olika valideringar/yrkesprövningar samt exempel på de olika dokument deltagarna kommer att få utifrån efterfrågade moduler. Academedia har endast bifogat ett exempel på resultat från validering/yrkesprövning. Om förfrågningsunderlaget ska tolkas bokstavligt kan inte Academedia anses ha uppfyllt ska-kravet. Rättelse ska därför ske genom att anbudet från Academedia ska förkastas då det inte uppfyller ska-kravet under punkt 3.14 i förfrågningsunderlaget.

Två leverantörer, som har fått högre poäng än bolaget, Lernia och Academedia, har uppenbarligen tolkat förfrågningsunderlaget annorlunda, både i förhållande till bolaget och i förhållande till varandra. Lernia har redovisat kopplingen mellan de olika modulerna och de meritportföljsdokument som ska tas fram åt deltagande individer. Den redovisningen saknas helt i Academedias anbud. Förutom att inte visa kopplingen till modulerna finns i Academedias anbud inte ens dokument som motsvarar de olika stegen och varianterna som modulerna innebär i vägen mot att synliggöra deltagarens

kompetens och erfarenhet. En sådan systematisk brist borde leda till poängavdrag. Beträffande målanpassat material har Lernia inte redovisat någon sådan dokumentation, med anpassning efter språk och utbildning. Istället synes företaget ha använt sig av standardmallar. Även detta torde leda till poängavdrag. Arbetsförmedlingen har inte gjort några poängavdrag för de brister som kan identifieras i Academedias och Lernias anbud. Istället har bolaget fått poängavdrag vilket har motiverats med att Arbetsförmedlingen har bedömt att två exempel på dokument som Merit har bifogat skulle vara behäftade med brister. Arbetsförmedlingens utvärdering inom området *dokumentation* grundar sig inte på vad som typiskt eller logiskt sett är viktigt för uppdragets uppfyllelse. Bolaget har fått nedsatt betyg inom området på grund av två petitesser då bolaget har lämnat in en betydligt större mängd relevanta dokument än vad konkurrenterna har gjort. Däremot finns systematiska brister i konkurrenternas anbud vilket inte lett till någon nedsättning av betyg.

Arbetsförmedlingen bestrider bifall till bolagets ansökan. Om förvaltningsrätten skulle anse att ett ingripande ska göras bedömer Arbetsförmedlingen att det vore ett för stort ingrepp att förordna om att upphandlingen ska göras om.

Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt att det förväntade resultatet i första hand är att ta fram den anvisades yrkeskompetens samt övrig relevant information för att på så vis göra det möjligt för Arbetsförmedlingen att koordinera bosättning och arbete på bästa sätt. Av vikt är då exempel på dokument som tydligt visar vilka yrkeskompetenser deltagaren har för att, i de fall det gäller nyanlända, matcha dem mot lämplig etableringsort. Grundläggande är att dokumenten motsvarar de krav som ställs i förfrågningsunderlaget punkt 3.13 och att Arbetsförmedlingen utifrån dokumenten kan utläsa på vilket sätt deltagaren lämpligast bör gå vidare.

Både Academedia och Lernia har bifogat exempel på dokumentation utifrån de moduler som ingår i Meritportfölj och uppfyller väl de krav på dokumentation som ställts. Academedia har bifogat olika exempel på resultat från olika valideringar/yrkesprovningar såsom dokument rörande yrkesprovning/validering, översatta arbetsgivarintyg och skolbetyg. Validering består av olika delprocesser som exempelvis dokumentinsamling. Academedia har bifogat resultat från olika valideringar utifrån den beskrivning som finns i modul 3.

Vid arbetsförmedlingens utvärdering av anbuden har hänsyn tagits till hur väl de bifogade utkasten/förslagen till Meritportfölj anses uppfylla det förväntade resultatet. Två av bolagets bifogade dokument har bedömts inte fullt ut svara mot det efterfrågade. Ett dokument som visar ett exempel på en person med bakgrund som egen företagare inom transport som chaufför har genomgått fördjupad kompetenskartläggning. Dokumentet är motsägelserfullt och bedömningen synes ha gjorts på bristfälligt underlag. Ett annat dokument visar att deltagaren har fått en yrkesklassificering som vitvarureparatör. Det framgår inte var personen bör etablera sig, om det är där han kan få praktik på ett bygge, där han kan utbilda sig till lastbilschaufför eller där han ska utbilda sig till lastbilsreparatör eller där han kan gå en teknisk kurs. Arbetsförmedlingen har vid sitt etableringssamtal vid framställande av en etableringsplan otillräcklig hjälp av den typen av otillräckliga underlag.

Bolaget anför i svaromål bl.a. följande.

Det framgår inte av förfrågningsunderlaget om det är av vikt att leverantören tillhandahåller ett brett urval av exemplifieringar eller om det är viktigare med ett fåtal men utförliga och väl genomarbetade dokument. Det framgår inte heller om de resonemang som förs i de hypotetiska exemplen kommer värderas eller om det är viktigare att visa att man har föreställt sig

ett urval av skiftande situationer. Det framgår inte heller om det krävs hypotetiska exempel eller om det är tillräckligt med malldokument.

Arbetsförmedlingen har gjort gällande att ”exempel på resultat från olika valideringar/Yrkesprövningar” även kan utgöras av skolbetyg, arbetsgivarintyg eller dylikt. Tolkningen är helt oförenlig med gängse språkbruk och finner inte heller stöd i förfrågningsunderlaget. Arbetsförmedlingen har själv definierat validering utifrån departementsskrivelse 2003:23 som ”... en process som innebär en strukturerad bedömning, värdering, dokumentation och erkännande av kunskaper och kompetens som en person besitter oberoende av hur de förvärvats.” Insamling av intyg av olika slag är en del av valideringsprocessen, men ett sådant dokument kan aldrig utgöra *resultatet* av en validering.

Den kritik som riktas mot bolagets exemplifiering av identifiering av yrkeserfarenhet (yrkeschauffören) avser inte dokumentationen i sig, utan resonemanget som förs i det hypotetiska exemplet som arbetsförmedlingen invänder emot. Academedia har i sitt förslag till sammanfattning även gjort en exemplifiering. Inte heller där framgår hur bedömningen av personens färdigheter har gjorts eller av vem. Detta visar att arbetsförmedlingens kritik präglas av godtycke och brist på likvärdig behandling. Om själva innehållet och de logiska resonemangen i exemplifieringarna ska bedömas, vilket i sig kan ifrågasättas, har betydligt större brister än de som påtalats i bolagets dokument inte föranlett kritik, än mindre nedsättning av det samlade betyget.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Av 1 kap. 2 § LOU följer att vid offentliga upphandlingar avseende tjänster enligt bilaga 3 (b-tjänster) ska endast 15 och 16 kap. tillämpas.

Enligt 15 kap. 2 § LOU ska, såvitt är av betydelse i detta mål, även 1 kap. tillämpas i fråga om upphandlingar avseende b-tjänster.

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

I 16 kap. 5 § LOU stadgas 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Brister i förfrågningsunderlaget

Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref 50 funnit att 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 lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Bolaget har påtalat att förfrågningsunderlaget är otydligt vad gäller skräven. Det går inte att utröna vilka dokument som efterfrågas. Bolaget har tolkat förfrågningsunderlaget som att det är av vikt att visa på kopplingen mellan moduler och dokument.

LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU. I de uppställda kraven får anses ligga att ett 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 att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leta till ett rättvisande resultat.

Av förfrågningsunderlaget punkt 3.14 framgår att samtliga dokument som efterfrågas **ska** bifogas med anbudet. Av förfrågningsunderlaget punkt 2.1. framgår att de dokument som efterfrågas är en personlig presentation, CV, en strukturerad beskrivning av deltagarens utbildning och arbetslivserfarenhet samt dokument som visar deltagarens övriga kompetens. Därutöver ska anbudslämnaren lämna exempel på resultat från olika valideringar och exempel på olika dokument deltagarna kommer få utifrån efterfrågade moduler, samt förslag på sammanfattning till Arbetsförmedlingen.

Förfrågningsunderlaget har inte specificerat hur många exempel på resultat från valideringar eller dokument utifrån moduler som ska lämnas. Av ordet *exempel* framgår dock att det rör sig om exemplifieringar. Arbetsförmedlingen har inte formulerat förfrågningsunderlaget på så sätt att det är ett ska-krav att inkomma med förslag på dokument utifrån *samtliga* moduler eller ett visst antal exempel. Användningen av ordet *olika* medför dock att enbart ett dokument av varje typ inte torde vara tillräckligt.

En tydligare formulering avseende hur många exempel och en närmare precisering av vilken typ av dokument utifrån de olika modulerna som arbetsförmedlingen efterfrågat hade varit önskvärt. Trots det finner förvaltningsrätten att bristen i förfrågningsunderlaget inte är av sådan art eller omfattning att Arbetsförmedlingen därigenom har åsidosatt de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Bolaget har vidare anfört att det inte framgår av förfrågningsunderlaget vilka enskilda faktorer inom områdena *dokumentation* och *upplägg* som har betydelse vid betygssättningen.

Av förfrågningsunderlaget punkt 4.1. framgår vilka utvärderingskriterier som kommer användas vid utvärderingen av anbuden. Avseende *dokumentation* framgår att vid bedömningen kommer hänsyn tas till hur väl de till anbudet bifogade förslagen/utkastet till meritportfölj anses uppfylla det förväntade resultatet. Avseende *upplägg* framgår att hänsyn kommer tas till hur beskrivningen av tjänstens samtliga delprocesser med fokus på validering/yrkesprövning samt upplägg med ett nära samarbete med berörda branschorganisationer bedöms att effektivt leda till målet.

Av punkt 4.2. i förfrågningsunderlaget framgår att Arbetsförmedlingen kommer att anta det anbud som uppfyller samtliga krav och får högst sammanlagd poäng vid prövningen utifrån utvärderingskriterierna. Poäng för utvärderingskriterierna *dokumentation* och *upplägg* beräknas enligt följande: Anbudsgivare som får betyget tre offererar aktiviteter som i samtliga moment mycket väl motsvarar det som efterfrågas i förfrågningsunderlaget. Anbudsgivare som får betyg två offererar aktiviteter där något moment inte fullt ut svarar mot det som efterfrågas i förfrågningsunderlaget. Anbudsgivare som får betyg ett offererar aktiviteter som i flera moment inte fullt ut svarar mot det som efterfrågas i förfrågningsunderlaget.

Arbetsförmedlingen har i förfrågningsunderlaget beskrivit vad syftet och målet med Meritportföljen är, vilket resultat som eftersträvas och vad de efterfrågade dokumenten i stora drag bör innehålla. I förfrågningsunderlaget har också beskrivits hur validering av yrkeskunskaper bör ske och att det är av stor vikt att leverantören har tillgång till prövningsplatser och ett välupparbetat kontaktnät med olika branschorganisationer. Mot bakgrund av detta framstår det inte som otydligt vilka kriterier Arbetsförmedlingen kommer att beakta vid utvärderingen av anbuden. Sammanfattningsvis finner således förvaltningsrätten att varken förfrågningsunderlaget eller utvärderingskriterierna är så otydligt utformade att kraven enligt 1 kap. 9 § LOU har åsidosatts. Överklagandet i denna del ska således avslås.

Uppfyllelse av ska-krav

Bolaget har anfört att Academedias anbud inte uppfyller samtliga ska-krav genom att bolaget enbart lämnat in ett exempel på en yrkesvalidering.

Av punkt 3.14. i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren **ska** bifoga förslag på samtliga dokument som efterfrågas inklusive exempel på resultat från *olika* valideringar/yrkesprövningar samt förslag till sammanfattning till Arbetsförmedlingen.

Av punkt 2.1. förfrågningsunderlaget, under Modul 2, framgår att Arbetsförmedlingen definierar validering som en process som innebär en strukturerad bedömning, värdering, dokumentation och erkännande av kunskaper och kompetens som en person besitter oberoende av hur det förvärvats. Under Modul 3 har delprocesserna inom valideringen beskrivits. Inledningsvis sker en *översiktlig kompetenskartläggning* som genom en kortare intervju och dokumentinsamling ger en övergripande bild av individens kunskap och kompetens. Därefter följer en *fördjupad kompetenskartläggning* genom en längre intervju och genomgång av befintliga dokument för att avgöra om det finns behov för ytterligare bedömning och värdering. Därefter kan en *kompetensbedömning inför intyg* ske. Den syftar till att bedöma individens kunskaper med metoder eller modeller som påvisar vad individen kan. Individen ska erhålla dokumentation i form av intyg över vilka moment eller delar av till exempel en kurs som individen behärskar. Slutligen kan en *kompetensbedömning för betyg, certifikat, licens m.m.* ske. Bedömningen syftar till att kontrollera individens kunskap och kompetens i förhållande till framtagna kriterier inom olika kunskaps- och kompetensområden.

Av det sagda följer att redan efter steg 2, fördjupad kompetens kartläggning, kan bedömningen göras att någon ytterligare bedömning eller värde-

ring inte är behövlig. Något krav på att alltid utföra en kompetensbedömning inför intyg eller betyg finns således inte. Ett resultat av en validering kan därmed bestå i enbart framtagande av befintlig dokumentation, så som Arbetsförmedlingen har anfört. Mot bakgrund av att Academedia har lämnat in exempel på såväl översättning av sådan dokumentation samt ett intyg från en yrkeskompetenskartläggning har Academedia uppfyllt ska-kravet. Arbetsförmedlingen har därmed haft fog för sin bedömning att Academedia har uppfyllt ska-kravet. Yrkandet om att Academedias anbud bör förkastas ska därmed avslås.

Utvärderingen

Bolaget har anfört att Arbetsförmedlingen har använt sig av en påfallande grov betygsskala vid utvärderingen samt att Arbetsförmedlingen vid utvärderingen av bolagets anbud har tagit hänsyn till omständigheter som inte borde ha påverkat utvärderingen. Därutöver anser bolaget att även Academedias och Lernias borde ha fått poängavdrag.

Förvaltningsrätten anser att enbart det faktum att den betygsskala den upphandlande myndigheten har valt är något grov, medför inte att den inte leder till rättvisande resultat.


Av punkt 3.14. i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivarna ska bifoga förslag och utkast till dokument till anbudet för att Arbetsförmedlingen ska kunna bedöma hur leverantören avser att utforma Meritportföljen. Vad syftet med Meritportföljen och sammanfattningen till Arbetsförmedlingen är framgår av förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten delar inte bolagets uppfattning att det är de hypotetiska resonemangen i de här aktuella dokumenten som har kritiserats. Arbetsförmedlingen har snarare kritiserat dokumentens tydlighet, vilket framgår

av det förtydligande av utvärderingen som Arbetsförmedlingen skickat till bolaget via e-post. Förvaltningsrätten som inte kan ikläda sig upphandlande enhetens roll när det gäller utvärdering av anbud, anser att Arbetsförmedlingens motivering till varför bolaget fått betyget två istället för tre är saklig och utgår ifrån myndighetens uppställda krav på de dokument som skulle presenteras. Det har inte heller framkommit omständigheter som tyder på att Arbetsförmedlingen vid utvärderingen inte skulle ha behandlat anbuden på ett likvärdigt sätt.

Mot den bakgrunden och det faktum att upphandlande myndighet kan anses ha tolkningsföreträde vid utvärderingen av de anbud som mottagits anser förvaltningsrätten inte att Arbetsförmedlingen, i sin betygssättning av bolaget brutit mot några bestämmelser eller grundläggande principer för offentlig upphandling. Yrkandet om att rättelse ska ske på så sätt att utvärderingen ska göras om avslås därmed. Skäl för ingripande enligt LOU saknas och bolagets ansökan om överprövning ska avslås.

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


Magnus Åhammar

Rådman

Föredragande har varit Anna Brynolfsson.



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 uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1A LOU