



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2011-12-29
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 21717-11
 Enhet 13

SÖKANDE

Wynn Work AB, 556736-0259
 Sven Hultins gata 9
 412 58 Göteborg

MOTPART

Arbetsförmedlingen, 202100-2114
 113 99 Stockholm

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2011-12-29	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan från Wynn Work AB och förordnar att Arbetsförmedlingen upphandling ”Få jobb med hjälp av sociala medier” (Af-2011/084107), på upphandlingsort Göteborg, ska göras om.

Dok.Id 190061

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

Arbetsförmedlingen genomför, på ett antal orter, upphandlingen ”Få jobb med hjälp av sociala medier” (hädanefter ”denna upphandling”), dnr Af-2011/084107. I tilldelningsmeddelande avsänt den 20 oktober 2011 under rättade man om att AcadeMedia Eductus AB vunnit upphandlingen på orten Göteborg. Wynn Work AB (Wynn), som också lämnat anbud på orten Göteborg, fick på utvärderingspunkten ”Hur anbudsgivaren flexibelt anpassar utbildningen utifrån deltagarnas yrkesinriktningar och förkunskaper” (kriterium 2), endast två poäng av tre möjliga.

Wynn begär överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas genom att Wynn vid en ny utvärdering tilldelas maximala utvärderingspoäng. Som grund anges att de fått oskäligt poängavdrag på kriterium 2 och att det åsamkat Wynn skada då Wynn därmed riskerat att gå miste om kontraktstildelning.

Arbetsförmedlingen bestrider ingripande enligt LOU.

PARTERNAS TALAN

Wynn anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Arbetsförmedlingen har i en tidigare och näraliggande upphandling (Af-2011/083910, hädanefter ”förra upphandlingen”), avseende exakt samma utbildning, gett Wynn betyget tre av tre på motsvarande kriterium 2. Den enda väsentliga skillnaden mellan upphandlingarna är att i den förra upphandlingen hade målgruppen viss förkunskap inom ramen för sociala medier, medan målgruppen i denna upphandling saknar sådana förkunskaper. Wynn har i denna upphandling svarat på identiskt sätt som i förra upphandlingen och gett en detaljerad och omfattande beskrivning av hur man anpassar utbildningen utifrån varje enskild deltagares förutsättning. – Wynn fångar upp deltagarnas förkun-

skaper genom omsorgsfull kartläggning. Generellt är deltagarnas förkunskaper i hur man använder sociala medier i en jobbsökarsituation låga. Ungdomar har oftare nödvändiga förkunskaper och har en stark inlärningskurva för sociala medier. Chefer inom näringslivet har däremot behövt hjälp på den mest grundläggande nivån. Varannan svensk treåring använder dagligen Internet. När denna målgrupp påbörjat grundskolan vid sju års ålder kommer de med största sannolikhet att hjälpa sina högtbildade föräldrar med en del avseende sociala medier, t.ex. hur man berättar om sig själv i Facebook eller LinkedIn. Det som Arbetsförmedlingen anför om den påstådda betydande och avgörande skillnaden i anpassning mellan denna upphandling och förra upphandlingen är felaktigt. – Att i närmare detalj beskriva exakt hur utbildningen anpassas utifrån varje enskild individs förutsättningar låter sig inte göras. Arbetsförmedlingens redogörelse för vad betygsnivåerna motsvarar innehåller inget mätbart moment. Det finns inte heller mätningar eller statistik beträffande vilka arbetsmetoder som ger det bästa resultatet. Därför blir det fråga om ett rent tyckande från Arbetsförmedlingens sida. Utvärderingskriterierna måste vara mätbara, jfr EU-rätten och domar i mål 4599-10 av Kammarrätten i Göteborg och 2086-10 av Kammarrätten i Sundsvall. – Även om det, vid en maximal poängsättning för Wynn, skulle ha behövts lottning för att avgöra vem som fick kontraktet har Wynn lidit skada eftersom Wynn då hade haft chans att få kontraktet. I en lottning är Wynns sannolikhet för vinst 50 procent. Den ekonomiska skadan Wynn lidit är därmed 50 procent av den garanterade volymen om 400 000 kr, dvs. 200 000 kr. Då den garanterade volymen är 400 kursdeltagarveckor och, på grund av den rörliga volymen, den faktiska volymen kan komma att bli tre gånger så många, kan den skada som Wynn kan komma att åsamkas bli 600 000 kr.

Arbetsförmedlingen anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Det finns väsentliga skillnader mellan förra upphandlingen och denna upphandling. Den förra upphandlingen var riktad till en annan målgrupp med högre

ställda grundläggande krav; med eftergymnasial utbildning, grundläggande förståelse för sociala medier och god dator- och internetvana. Denna upphandling riktar sig i första hand till en målgrupp som bara behöver ha aktuell CV och kunskaper om hur man söker arbete samt god datorvana. Genom att beskriva upphandlingarna som identiska medger Wynn indirekt att man inte anpassat utformandet av sitt anbud efter relevant målgrupp i denna upphandling. – Anledningen till att Wynn bara fått två poäng av tre på kriterium 2 i denna upphandling är att man i sitt anbud inte visat hur man på ett flexibelt sätt kommer att anpassa utbildningen till aktuell målgrupp. Wynn har hänvisat till prioriterade grupper men missat och utelämnat den relevanta målgrupp som är beskriven i förfrågningsunderlaget. Wynns beskrivning av tidigare utbildningsuppdrag ger ingen djupare förståelse kring utbildningarna och om de är riktade mot liknande målgrupp som i denna upphandling. Wynn redogör inte heller för hur man avsett att arbeta med övriga prioriterade grupper. I synnerhet saknas redogörelse för hur bolaget avsett att genomföra anpassningar för respektive prioriterad grupp och yrkesinriktning, vilka kan skilja sig åt avsevärt. Wynn har inte heller beskrivit hur man kommer att anpassa utbildningen till deltagarnas förkunskaper. Wynn beskriver inte under kriterium 2 hur man väljer ut lärare från en sammanvägd bedömning av individerna i en utbildningsgrupp, anpassar lektioner utifrån kunskapen om målgruppen eller anpassar behovet av individuell tid och optimering av övningsgruppens storlek efter de svar man får in från kursdeltagarna. – Ett visst mått av subjektivitet är oundvikligt vid utvärdering av s.k. mjuka utvärderingskriterier. En subjektiv bedömning av anbudet, som i sig varit objektivt grundad, är acceptabel. Redogörelserna behöver inte innehålla något mätbart moment. Förfrågningsunderlaget har inte varit otydligt. Målet 4599-10 hos Kammarrätten i Göteborg gällde inte LOU utan lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Det är inte en uppgift för en domstol att vid överprövningen av upphandlingen pröva de subjektiva kriterier som ligger till grund för den upphandlande myndighetens slutsatser i

utvärderingen.– Även om Wynn skulle ha erhållit tre poäng vid utvärderingen är det inte säkert att de skulle ha fått kontraktet i Göteborg, eftersom minst två leverantörer skulle ha fått samma poäng. Därmed skulle lottning ha behövt ske. Wynn har därför inte lidit skada, även om Arbetsförmedlingen skulle ha gjort något fel.

DOMSKÄL

Av 1 kap. 9 § LOU följer att upphandlande myndigheter ska 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. Av 16 kap. 5 § LOU, i den i målet tillämpliga lydelsen (se övergångsbestämmelserna till SFS 2011:1030; numera 16 kap. 6 § LOU), anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

För ingripande enligt LOU räcker det alltså att den leverantör som söker överprövning kan komma att lida skada. Därmed behöver det inte vara säkert att sökande leverantör skulle ha fått kontraktet om angripna brister inte förelegat, utan det räcker att sökanden skulle ha haft möjlighet att tilldelas kontraktet (jfr t.ex. dom av Kammarrätten i Sundsvall den 8 november 2010, mål 2086-10). Wynns talan kan därför inte avslås på den grunden att Wynn, om de fått full poäng på kriterium 2, skulle ha fått konkurrera med andra som fått full poäng genom lottning om vem som skulle tilldelas kontraktet.

Det är en brist i förfrågningsunderlaget om där inte ges så pass mycket information om vad upphandlande myndighet avsett att tillmäta betydelse

vid utvärderingen att kravet på transparens är uppfyllt, t.ex. om ett underkriterium inte har preciserats alls. Rättsföljden vid sådana brister, som hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet, är att upphandlingen ska göras om.

Förfrågningsunderlaget måste också ha en konstruktion som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att jämföra anbudena (jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 20 januari 2011, mål 4599-10). Det kan i sammanhanget noteras att bestämmelsen i 1 kap. 24 § LUF har nästan exakt likadan lydelse som 1 kap. 9 § LOU; enda skillnaden är att det i 1 kap. 24 § LUF står ”upphandlande enheter” istället för ”upphandlande myndigheter”.

Det sagda innebär inte att det inte får förekomma utvärderingskriterier som är ”subjektiva” i den meningen att de är objektivt rangordnings- och mätbara på samma sätt som t.ex. pris. Det ligger i sakens natur att s.k. mjuka kriterier kräver en värdering från upphandlande myndighets sida, och att myndigheten inte kan förutsäga alla faktorer som kan komma att tillmätas betydelse vid utvärderingen av hur väl anbudsgivaren har uppfyllt kriteriet. Avgörande är om informationen är tillräckligt bra för att kravet på transparens ska anses vara uppfyllt.

Förfrågningsunderlaget i denna upphandling är daterat den 29 juli 2011 och omfattar tolv sidor. Under punkt 1.1.3 beskrivs utbildningens målgrupp. Det framgår att de förkunskaper som krävs är att deltagarna har kunskaper om hur man söker arbete och är yrkesbestämda. Det anges också att utbildningen ska kunna anpassas till prioriterade grupper, vilka för närvarande är funktionshindrade, långtidssjukskrivna, nyanlända invandrare och personer som är inskrivna i jobb- och utvecklingsgarantin för ungdomar. Detta får anses vara en tillräckligt tydlig beskrivning av målgruppen.

Under punkt 1.4.1. anges vad anbudsgivaren ska ge en beskrivning av i anbudet. Av intresse i målet är kriterium 2, ”Hur anbudsgivaren flexibelt anpassar utbildningen till deltagarnas förkunskaper”. Det anges att en fyra-gradig skala (0-3) kommer att användas. Anbudsgivaren uppmanas att beskriva ”hur utbildningens innehåll, upplägg och genomförande leder till att utbildningsmålet uppnås utifrån det angivna innehållet” samt beskriva ”hur denne [anbudsgivaren] flexibelt anpassar utbildningen med utgångspunkt i deltagarnas yrkesinriktningar och förkunskaper”. Under punkt 1.5.1 återges, under rubriken ”utvärderingskriterier”, kriterium 2 ännu en gång. Under punkt 1.5.2 utvecklas kriterium 1 på följande sätt: ”Exempelvis, om ett anbud för kriterium 1 ’upplägg och genomförande’, inte fullt ut redovisar en tjänst som leder till att utbildningsmålet uppnås får anbudet poängen 26,8, vilket är lika med 67 % procent av viktningens värde (40)”. Även kriterium 3, pris, utvecklas. Det står däremot inget om kriterium 2.

Inte heller under någon annan punkt i förfrågningsunderlaget står det något mer om kriterium 2. I sina inlagor till förvaltningsrätten har Arbetsförmedlingen utvecklat kriteriet ganska rikligt genom att ange aspekter som lärarval, gruppanpassning, lektionsanpassning, behov av individuell tid och optimering av övningsgruppens storlek. Inget av detta utvecklas dock närmare i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten anser att förfrågningsunderlaget, gällande hur man kommer att utvärdera kriterium 2, inte är tillräckligt transparent. Felet är inte att viss subjektivitet kommer att användas i utvärderingen utan att det inte på något sätt utvecklas vilka faktorer som kommer att tillmätas betydelse avseende kriterium 2. Särskilt med tanke på de ganska höga krav som Arbetsförmedlingen i utvärderingen ställt på att anbudet ska uttrycka en djupare förståelse och ha beskrivningar med substans, har det enligt förvaltningsrättens mening ålegat Arbetsförmedlingen att i förfrågningsunderlaget ge viss ledning gällande kriterium 2.

Den brist på transparens, som förvaltningsrätten funnit, hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet. Den normala rättsföljden är i det fallet att upphandlingen måste göras om. Wynn har inte yrkat detta utan istället yrkat att förvaltningsrätten ska förordna att Wynn ska tilldelas maximala tre poäng på kriterium 2. Det framgår dock i Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2005 ref. 47 att om förutsättningar finns för ingripande enligt 7 kap. 2 § i dåvarande lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – vilken paragraf motsvaras av 16 kap. 5 § LOU i tillämplig lydelse, numera 16 kap. 6 § LOU – så har rätten, oavsett hur yrkandet utformas att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas.

Wynns ansökan ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen, på upphandlingsorten Göteborg, ska göras om. Det saknas vid denna utgång skäl att pröva Wynns övriga invändningar.

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

Madeleine Benndorf
rådman

Föredragande har varit David Munck.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt 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