

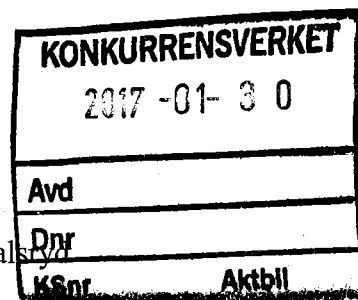


KLAGANDE

Yrkesakademien AB, 556346-6233

Ombud:

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



MOTPART

Arbetsförmedlingen
Enheten Juridik
113 99 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 8 juli 2016
i mål nr 8923-16, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och beslutar att
Arbetsförmedlingens upphandling Yrkesförarutbildning Lastbil
ska göras om.

YRKANDEN M.M.

Yrkesakademien AB (bolaget) yrkar att upphandlingen ska göras om för samtliga leverantörer. Till stöd för sin talan hänvisar bolaget 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.

Utvärderingsmodellen tar i viss mån sikte på hur väl anbudsgivare har beskrivit ”Upplägg och genomförande”. Själva beskrivningen utgör dock endast den ena delen som betygsätts i utvärderingen (se stycke 4.1.3).

Den andra delen avser själva mervärdet, dvs. någonting särskilt som anbudsgivaren har angett i sin beskrivning som Arbetsförmedlingen anser tillför ett mervärde. Den anbudsgivare som har angett något sådant får ett högre betyg. Det centrala för utvärderingen är alltså inte hur väl en anbudsgivare har beskrivit ”Upplägg och genomförande”, utan om anbudsgivaren har angett särskilda uppgifter som kan anses tillföra mervärde. Vad sådana särskilda uppgifter är, och alltså vad som tillmäts betydelse för utvärderingen, framgår inte av förfrågningsunderlaget.

Arbetsförmedlingen har därmed tillskansat sig en frihet att i efterhand avgöra vad som anses utgöra mervärde och en i det närmaste fri prövningsrätt i strid med lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och de grundläggande principerna om transparens och likabehandling.

En vägledning rörande vad som konstituerar ett mervärde hade varit nödvändig för att syftet med upphandlingen ska uppnås. Detsamma gäller om Arbetsförmedlingen hade angett en miniminivå och förklarat att

sådant som går utöver den miniminivån kan anses tillföra ett mervärde. Utan ett tydligt förfrågningsunderlag och en förutsägbar tillämpning av detsamma kan myndigheter godtyckligt välja leverantör och syftet med offentlig upphandling i konkurrens skulle då åsidosättas.

Arbetsförmedlingen anser i första hand att överklagandet ska avslås och i andra hand att kammarrätten beslutar att utvärderingen ska göras om, 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 kursdeltagares anställningsbarhet. Anbudsgivarna erbjöds därför utrymme för nytänkande och för att införa moment i utbildningen som förbereder kursdeltagare för den nya yrkesrollen i ett samhälle av i dag. 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 vidare bedömts av en och samma grupp personer vilket ytterligare stärker objektiviteten och likabehandlingen i betygssättningen. Utvärderingsmodellen strider därför inte mot LOU på grund av hur mervärdet är definierat i förfrågningsunderlaget.

SKÄLEN 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) tillmätts 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

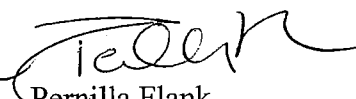
anbudsgivarna. Upphandlingen strider därför i den delen mot principerna om likabehandling och transparens. Vad Arbetsförmedlingen anfört om att bolaget inte påtalat några oklarheter under anbudstiden, och att alla anbud bedömts av en och samma grupp personer på Arbetsförmedlingen kan inte medföra någon 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 bifallas.

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


Catharina Brege
kammarrättsråd
ordförande


Lena Axelsson
kammarrättsråd
referent


Pernilla Flank
kammarrättsråd


Lina Vogel
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM
2016-07-08
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
8923-16

Bilaga A

Sida 1 (6)

SÖKANDE

Yrkesakademin AB, 556346-6233
Box 1958
791 19 Falun

Ombud: Jur.kand. Ellen Dalsryd
Advokatfirman Cederquist
Box 1670
111 96 Stockholm

Ombud: Advokat Mikael Engström
Advokatfirman Cederquist KB
Box 1670
111 96 Stockholm

MOTPART

Arbetsförmedlingen
Juridiska avdelningen
113 99 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 736397

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

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Arbetsförmedlingen genomför en förenklad upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, avseende Yrkesförarutbildning Lastbil. Upphandlingen består av 27 leveransorter och varje leveransort ska uppfattas som en separat upphandling. Av tilldelningsbeslut den 19 april 2015 framgår att kommunen beslutat att teckna avtal med andra leverantörer än Yrkesakademien AB (bolaget) för samtliga orter.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om för samtliga leveransorter. Som grund för sin talan anför bolaget följande. Arbetsförmedlingen har utformat och tillämpat utvärderingsmodellen på ett godtyckligt och oförutsebart sätt i strid med principerna om likabehandling och transparens. Överträdelserna har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada eftersom bolaget annars hade formulerat ett mer konkurrenskraftigt anbud.

Arbetsförmedlingen bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

I 1 kap. 9 § LOU stadgas bl.a. att upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Av 16 kap. 6 § LOU följer 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.

Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU (jfr RÅ 2009 ref 69).

Förvaltningsrättens bedömning

Strider utvärderingsmodellen mot principerna om transparens och likabehandling?

Bolaget har anfört att det inte har framgått vad som enligt Arbetsförmedlingen utgör mervärde i beskrivningen av utvärderingskriteriet ”Upplägg och genomförande”. På så sätt har det varit omöjligt för anbudsgivarna att på förhand bilda sig en uppfattning om vad som krävs för att en beskrivning i anbudet ska bedömas tillföra mervärde. I praktiken har Arbetsförmedlingen därmed tillskansat sig en närmast fri prövningsrätt vid bedömningen av inkomna anbud. Bolaget har vidare anfört att det inte har framgått vad som skiljer betygsnivåerna åt vid bedömning av beskrivningarna. Det framgår exempelvis inte vad som gör en beskrivning ”tydlig” eller ”tydlig och bra”.

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).

Vid bedömning av utvärderingsmodellen och förfrågningsunderlaget måste hänsyn tas till upphandlingsföremålets karaktär. Då det inte är 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 (Kammarrätten i Stockholms dom den 16 februari 2016, mål nr 8289-15).

Förvaltningsrätten konstaterar att följande framgår av relevanta delar av det generella förfrågningsunderlaget. Av punkt 1.1.3 följer att 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. I avsnitt 1.5, "Anbudsutvärdering", står att tilldelningsgrund för upphandlingen är det ekonomiskt mest fördelaktiga alternativet. Den utvärderingsmodell som Arbetsförmedlingen tillämpar är en mervärdesmodell, där två utvärderingskriterier tillmätts ett värde i kronor vid sidan av anbudspriset. Utvärderingskriterierna är "Upplägg och genomförande" och "Utrustning". Av punkt 1.5.3 framgår att bedömningen av "Upplägg och genomförande" sker på underlag av den beskrivning som lämnats under punkt 1.4.1. Av punkt 1.4.1 framgår kraven på utbildningens upplägg och genomförande. Där står i huvudsak följande. Utbildningen förutsätts bedrivas i ett nära samarbete med branschen. I utbildningen ska teoretiska och praktiska inslag varvas så att deltagaren är väl förberedd inför kommande anställning. Arbetsplatsförlagt lärande är en viktig del i utbildningen och ingår som en del i samtliga yrkesförarutbildningar. Leverantören ska integrera arbetsmiljö- och miljöfrågor, både ur ett samhällsperspektiv och ur ett yrkesrelaterat perspektiv i utbildningen. Utbildningen ska genomsyras av kontinuerligt jobbsökande och lyfta fram vikten av de mjuka kompetenser som arbetsmarknaden idag kräver. Dessa beskrivs som flexibilitet och utbildning, initiativ, kommunikation, kvalitetsmedvetenhet, laganda och stresstålighet, och de ska finnas som ett genomgående inslag i hela utbildningen. Det betonas att anbudsgivarnas beskrivning av upplägg och genomförande ska förklara hur utbildningen anpassas till deltagare med särskilda behov. Enligt punkt 1.5.3 får ett anbud 10 poäng om

utvärderingskriteriet "Upplägg och genomförande" 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.

Förvaltningsrätten anser att det av återgivna delar av förfrågningsunderlaget tydligt framgår att mervärdet av ett visst anbud bestäms efter hur väl utförd beskrivningen av "Upplägg och genomförande" är i förhållande till målet med upphandlingsföremålet. Att det inte anges exakt vad i beskrivningen som genererar vilket betyg kan inte i förvaltningsrättens mening anses göra förfrågningsunderlaget oförutsebart. Utvärderingsmodellen strider därför inte mot LOU på grund av hur mervärde är definierat i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten anser att inte heller vad bolaget har anfört om att det inte har framgått vad som skiljer betygsnivåerna åt gör att utvärderingsmodellen strider mot LOU. Förvaltningsrätten har vid bedömningen beaktat att upphandlingsföremålet är yrkesutbildning och därmed inte en specificerad och jämförbar produkt. Det sagda innebär att det saknas anledning för ingripande enligt LOU på denna grund.

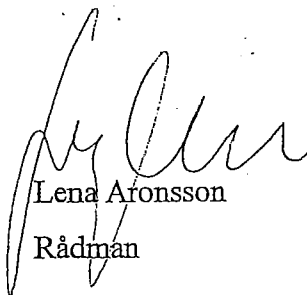
Strider utvärderingen mot principerna om transparens och likabehandling?

Bolaget har anfört att det inte framgår av resultatrapporten 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. Bolaget har utan framgång efterfrågat anbudshandlingar och upplysningar om utvärderingen av det egna anbudet samt om de relativa fördelarna med de vinnande anbudet i förhållande till det egna anbudet och utvärderingskriterierna.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det ligger i upphandlingsföremålets natur att utvärderingen innehåller ett visst inslag av subjektivitet. Den upphandlande myndigheten måste även ges visst utrymme vid utvärderingen av anbuden under förutsättning att den inte tagit ovidkommande hänsyn eller påtagligt avvikit från de kriterier som angivits i förfrågningsunderlaget (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 5 juli 2010 i mål 985-10). Vad bolaget har anfört om att Arbetsförmedlingen inte specificerat de mervärden som påstås ha identifierats i anbuden leder därför inte till att utvärderingen kan anses strida mot transparensprincipen. Det är vidare inte visat i målet att Arbetsförmedlingen vid utvärderingen av anbuden tagit hänsyn till annat än det som framgår av förfrågningsunderlaget. Det finns därmed inte heller på denna grund skäl för ingripande enligt LOU. Vad bolaget har anfört om att det inte fått del av anbudshandlingar leder inte till någon annan bedömning. Ansökan om ingripande ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Lena Aronsson
Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Sara Bengtson har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

Bilaga

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.