



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2012-05-30
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
8527-12
Enhet 13

SÖKANDE

Lackeringsteknik i Mjölby AB, 556371-1042
Linköpingsvägen 4
595 50 Mjölby

Ombud: Advokat Christian Wahlström
Advokatfirman Glimstedt i Östergötland KB
Box 1234
600 42 Norrköping

MOTPART

Arbetsförmedlingen
Juridiska avdelningen
113 99 Stockholm

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2012 -05- 3 0	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 243667

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND

Arbetsförmedlingen genomför en förenklad upphandling av arbetsmarknadsutbildning inom fordonsteknik och lackering på flera orter i landet (Af-2012/009847). I ett tilldelningsbeslut den 11 april 2012 meddelade Arbetsförmedlingen bl.a. att den avsåg att teckna avtal med Lernia Utbildning AB (Lernia) avseende upphandlingsdelen "Lackerare Mjölby", eftersom deras anbud var mest ekonomiskt fördelaktigt. Övrig anbudsgivare som kvalificerat sig för att delta i utvärderingen avseende upphandlingsdelen "Lackerare Mjölby" var Lackeringsteknik i Mjölby AB (Lackerings-teknik). Lackeringsteknik har ansökt om överprövning av den aktuella upphandlingsdelen.

YRKANDEN M.M.

Lackeringsteknik ansöker om överprövning av upphandlingsdelen "Lackerare Mjölby". I första hand yrkas att upphandlingen ska rättas på så sätt att Lernias anbud förkastas avseende delen "Lackerare Mjölby" eftersom det inte uppfyller samtliga *skall*-krav. I andra hand yrkas att upphandlingen rättas på så sätt att Lackeringsteknik tilldelas högre betyg avseende utvärderingskriterium 1 (*Upplägg och genomförande*) och att Lernia tilldelas lägre poäng avseende utvärderingskriterierna 3 och 4 (*lärtäthet*). I tredje hand yrkas att upphandlingsdelen görs om.

Arbetsförmedlingen bestrider bifall till ansökan om överprövning.

UTVECKLANDE AV TALAN

Lackeringsteknik har som grund för sina yrkanden anfört att Arbetsförmedlingen har brutit mot de grundläggande principerna enligt 1 kap. 9 §

LOU samt att bolaget har lidit skada till följd av Arbetsförmedlingens överträdelser. Till stöd för sin talan har bolaget anfört bl.a. följande.

Uppfyllande av skall-kraven

Enligt förfrågningsunderlaget *skall* eventuell arbetsförlagd utbildning (praktikerföretag) redovisas i anbudet. Lernia hänvisade i sitt anbud till en särskild bilaga, men denna fanns inte med i det material som lämnades ut på begäran av bolaget. Eftersom det inte framgår bilagan ankom till Arbetsförmedlingen ska Lernias anbud inte anses innehålla någon redovisning av praktikerföretag. Lernia uppgav i sitt anbud högsta möjliga lärartäthet, trots att Lernia vid tidpunkten för anbudsgivandet inte bedrev någon liknande verksamhet i Mjölby. Lernia uppfyllde heller inte *skall*-kraven gällande personalkompetens och personaltäthet vid tidpunkten för inlämnande av anbudet. Lernia uppgav att övriga lärare uppfyllde kraven på kompetens, trots att det inte fanns lärare som hade erforderlig erfarenhet av att arbeta som lackerare. Arbetsförmedlingen kan inte efterge eller bortse från uppställda *skall*-krav även om uppgifterna blivit kända först i samband med en överprövning. Lernia uppfyllde vidare inte kraven på lokaler. Det framgår klart och tydligt att *skall*-kraven på lokaler ska vara uppfyllda senast vid avtalstecknande. Lernia förfogar inte över angivna lokaler och bolaget uppfyller heller inte de långtgående kraven på lokalerna enligt förfrågningsunderlaget. Det fanns ingen möjlighet för Lernia att iordningsställa lokalerna, som Lernia inte ens disponerade, till tidigaste tidpunkt för avtalstecknande.

Utvärderingen av anbuden

Genom att tilldela Lackeringsteknik lägre poäng än Lernia avseende utvärderingskriterierna 1, 3 och 4 har Arbetsförmedlingen brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Om Arbetsförmedlingen hade företagit en likvärdig och icke diskriminerande utvärdering och följt anvisningarna i förfrågningsunderlaget hade Lackeringsteknik vunnit upphand-

lingen. Lernia fick högsta möjliga poäng avseende ”upplägg och genomförande” medan Lackeringsteknik fick avdrag med hänvisning till att anbudet inte innehöll uppgift om hur utbildningen kommer att genomföras samt ytterst lite om anpassning för grupper med särskilda behov och deltagare som gör otraditionella val. Sänkningen var omotiverad och osaklig eftersom dessa uppgifter tydligt framgår av anbudet. Lernia uppgav högsta möjliga lärartäthet (5 deltagare/lärartjänst i praktiska ämnen och 6 deltagare/lärartjänst i de teoretiska ämnena), men Lernia kan inte uppfylla dessa krav p.g.a. bristen på erfarna lärare. Lackeringstekniks anbud utgick från reella förutsättningar för att kunna erbjuda undervisning, medan Lernias anbud helt saknar förankring i verkligheten. Lackeringsteknik angav antal lärarledda timmar per vecka till 40 medan Lernia endast angav 28. Detta har överhuvudtaget inte beaktats trots att det påverkat lärartätheten.

Brister i förfrågningsunderlaget

I det aktuella förfrågningsunderlaget framgår inte vid vilket tidpunkt som urvalskriterierna ska vara uppfyllda, utom såvitt avser lokalerna. Arbetsförmedlingens upphandling har således brutit mot principerna om insyn och likabehandling. Lackeringsteknik har utgått från att samtliga *skall*-krav ska vara uppfyllda redan vid tidpunkten för anbudets avgivande. Det innebär att bolaget inte har ansett det möjligt att t.ex. ange annan lärartäthet än den som utgår från de faktiska förutsättningarna. Det framgår av EU-domstolens praxis att tidpunkten för leverantörernas uppfyllande av *skall*-kraven ska fastställas med absolut säkerhet och anges i förväg. Det visar sig dock att även leverantörer som vid tidpunkten för anbudets angivande inte kan uppfylla samtliga *skall*-krav kan inkomma med anbud och få det utvärderat. Med hänsyn till att detta inte klart och tydligt framgår av förfrågningsunderlaget kan det inte uteslutas att flera leverantörer underlåtit att inkomma med anbud överhuvudtaget.

Arbetsförmedlingen har som grund för sitt bestridande anfört i huvudsak följande. Utvärderingen av anbudet har skett på korrekta grunder och inte i strid med LOU. Ett eventuellt ingripande bör i första hand ske genom rättelse eftersom det vore ett för stort ingrepp med alltför omfattande skadeverkningar att förordna om att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan har Arbetsförmedlingen anfört bl.a. följande.

Uppfyllande av skall-kraven

Lackeringsteknik anför att Lernias anbud ska förkastas p.g.a. att uppställda krav på personell kompetens och lärartäthet inte är uppfyllda. Det har inte funnits något krav på att i anbudet redovisa lärarna. Arbetsförmedlingen har inte haft anledning att betvivla att Lernia skulle kunna tillhandahålla utlovade resurser, inte heller efter Lackeringstekniks ansökan om överprövning. Det stämmer inte att Lernias bilaga med praktikerföretag saknades när anbudet lämnades in, utan det framgår av det elektroniska upphandlingssystemet TendSign att bilagan inkom innan den 16 mars 2012. Något krav på att lokaler ska finnas tillgängliga före tidigaste tidpunkt för avtalstecknande har inte förelegat och än mindre att de då måste vara iordningsställda. Påståendet att lokalerna inte varit tillgängliga före tidigaste tidpunkt för avtalstecknande är irrelevant, särskilt med tanke på *skall-*kravets lydelse, samt att utbildningen inte ska börja levereras förrän den 1 augusti 2012. Att kräva att Lernia redan vid tidpunkten för anbudslämnandet ska förfoga över lokalerna skulle förmodligen vara för långtgående och oproportionerligt samt utgöra ett avsteg från likabehandlingsprincipen. Ingen anbudslämnare kan vid denna tidpunkten veta om den kommer att få uppdraget och de som redan har lokaler på plats skulle få en orättvis fördel. Det finns ingen anledning att betvivla att Lernia skulle kunna tillhandahålla redovisade lokaler. Option finns för lämpliga lokaler.

Utvärderingen av anbuden

Lackeringstekniks tilldelade betyg för ”upplägg och genomförande” är varken omotiverade eller osakliga. Anbudet beskriver i hög grad utbildningens *innehåll* snarare än dess upplägg och utformning. Vidare finns alltför lite beskrivet om åtgärder och anpassningar för deltagare med särskilda behov. Det är inte möjligt att sänka Lernias betyg, eftersom betyget är ett numeriskt värde som är ett resultat av Lernias uppgifter. En sänkning av betyget skulle förutsätta att Lernia tillåts inkomma med nya uppgifter, vilket inte kan anses vara ett förtydligande eller en komplettering i enlighet med LOU. Lärartäthet och lärarledd tid ska inte sammanblandas. Det finns heller inte någon fördel med att all tid är lärarledd. Därför ingår inte den lärarledda tiden bland *skall*-kraven. Ett visst mått av självstudier frigör lärarresurser och det har stått alla anbudsgivare fritt att utnyttja denna möjlighet. Lackeringstekniks påstående att det krävs minst åtta lärare för att klara en volym av 1 400 deltagarveckor är betydligt överdrivet.

Uppfyllande av skall-kraven

Arbetsförmedlingens inställning är att *skall*-kraven ska vara uppfyllda per sista anbudsdag. När det görs avsteg från denna princip anges det särskilt i förfrågningsunderlaget, som i detta fall gällande lokaler. Förfrågningsunderlaget är inte otydligt i detta avseende.

UTREDNINGEN

Under rubriken ”1.5.7. Underleverantörer” i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

[...] eventuell arbetsplatsförlagd utbildning (praktikerföretag), **skall** redovisas i anbudet.

Allmänna avdelningen

Under rubriken ”8.1.1 Personell kompetens” i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

Lärare **skall** ha minst ett års erfarenhet av yrkesområdet denne ska undervisa i, minst ett års pedagogisk utbildning och inom den senaste femårsperioden minst ett års erfarenhet av att undervisa vuxna.

Under rubriken ”8.1.3. Lokaler” i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

För utbildningslokalerna gäller följande krav:

- a) Lokalerna **skall** enkelt kunna nås med allmänna kommunikationsmedel.
- b) Lokalerna **skall** vara ändamålsenligt utformade för den aktuella utbildningen [...]
- c) Lokalerna **skall** vara tillgängliga för personer med funktionsnedsättning [...]
- d) Deltagarna **skall** ha tillgång till gemensamhetsutrymmen [...]

En kontroll av att anbudsgivarens lokaler uppfyller kraven kommer att göras inför avtalstecknande. Anbudsgivaren är då skyldig att uppvisa hyreskontrakt eller motsvarande som styrker att denne disponerar lokalen.

DOMSKÄL

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. Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU, och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

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. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grun-

das på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Uppfyllande av skall-kraven

Lackeringsteknik har anfört att Lernia inte kan anses uppfylla *skall*-kravet gällande redovisning av praktikerföretag eftersom det är oklart när Lernias bilaga med praktikerföretag inkom till Arbetsförmedlingen. Av handlingarna framgår att Lernias bilaga med praktikerföretag inkom till den upphandlande myndigheten före sista datum för anbudslämnande. Förvaltningsrätten bedömer därför att kravet är uppfyllt.

Även *skall*-kraven gällande personalkompetens och personaltäthet (avsnitt 8.1.1. och 8.2.3.) får vid tidpunkten för inlämnande av anbudet anses uppfyllda. I förfrågningsunderlaget anges inte att bolagen i fråga måste visa hur lärarna uppfyller dessa *skall*-krav, utan bolagen ska endast svara ”ja” alternativt ”nej” på frågan om kraven uppfylls. Lernia har i sitt anbud svarat ”ja” på frågan om bolaget uppfyller de aktuella kraven. Den upphandlande myndigheten är inte skyldig att kontrollera att uppgifter i sig är riktiga när omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta riktigheten (jfr. dom av Kammarrätten i Göteborg den 18 december 2009, mål 4904-09). Enligt förvaltningsrättens mening har inga sådana omständigheter framkommit. Eftersom Lernia i sitt anbud har svarat ”ja” på att bolaget uppfyller *skall*-kraven avseende lokaler och det inte framkommit några uppgifter som talar emot detta bedöms även dessa vara uppfyllda.

Utvärderingen av anbudet

I utvärderingen har Lackeringstekniks anbud avseende ”upplägg och genomförande” tilldelats lägre poäng än Lernia eftersom Arbetsförmedlingen

har ansett att anbudet främst beskrev utbildningens innehåll snarare än dess utformning. Vidare ansåg Arbetsförmedlingen att det fanns alltför lite beskrivet om åtgärder och anpassningar för deltagare med särskilda behov. Enligt förvaltningsrättens mening är ett visst mått av subjektivitet vid utvärdering av mjuka utvärderingskriterier ofrånkomlig. Efter en granskning av utvärderingen finner förvaltningsrätten inte visat annat än att den upphandlande myndigheten har bedömt bolagens anbud i enlighet med förfrågningsunderlaget.

Brister i förfrågningsunderlaget

Lackeringsteknik har anfört att det av förfrågningsunderlaget inte framgår vid vilken tidpunkt som urvalskriterierna ska vara uppfyllda, utom såvitt avser lokalerna och att detta kan ha bidragit till att andra leverantörer har avstått från att lämna anbud. Lackeringsteknik har utgått från att *skall*-kraven ska vara uppfyllda vid tidpunkten för anbudslämnande. Även Arbetsförmedlingen har uppgett att *skall*-kraven ska vara uppfyllda per sista dag för anbudslämnande, med undantag för *skall*-kraven avseende lokaler. Med hänsyn till att båda parter har uppfattat att kraven skulle vara uppfyllda vid denna tidpunkt kan det inte anses råda oklarhet på denna punkt.

Avslutande bedömning

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis inte anledning att ingripa mot upphandlingen enligt LOU. Ansökan ska således avslås.

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

Madeleine Benndorf

Rådman

Föredragande har varit Lizette Harletun Ilkhani.



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