



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2011-11-29
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
20880-11
Enhet 15

1

SÖKANDE

Nercia Utbildning AB, 556451-3611

Ombud:

Advokat Anna Öster
Advokatbyrån Öster & Co AB
Kungsgatan 29, 2 tr.
111 56 Stockholm

MOTPART

Arbetsförmedlingen
Juridiska enheten
113 99 Stockholm

KONKURRENSVEDET	
2011-11-29	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Arbetsförmedlingens yrkande om att ansökan om överprövning avseende utbildningsort Borlänge ska avvisas.

Förvaltningsrätten avslår Nercias ansökan om överprövning.

Dok.Id 186159

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

Arbetsförmedlingen genomför en upphandling av arbetsmarknadsutbildning inom elteknik för utbildningsorterna Örebro, Borlänge, Malmö och Nässjö (ref.nr Af-2011/226169). Upphandlingen genomförs genom ett annonserat förenklat förfarande enligt LOU. Enligt uppgift från Arbetsförmedlingen påbörjades upphandlingen i år. Av tilldelningsbeslutet, som skickades ut elektroniskt till samtliga anbudsgivare den 10 oktober 2011, framgår att Arbetsförmedlingen beslutat att teckna avtal med Lernia Utbildning AB (Lernia).

Nercia Utbildning AB (Nercia) begärde överprövning av upphandlingen den 19 oktober 2011. Nercia har den 21 oktober 2011 inkommit med en skrivelse för att förtydliga att begäran om överprövning avser både utbildningsorten Örebro och Borlänge.

YRKANDEN M.M.

Nercia yrkar i första hand att domstolen ska fatta beslut om att upphandlingen ska göras om och i andra hand att upphandlingen ska rättas då denna skett i strid mot de grundläggande principer och bestämmelser som framgår av LOU. Rättningen enligt andrahandsyrkandet bör omfatta, om viktningen avseende personaltäthet ska vara satt till 40 procent, att det inte är i kombination med ett fastställt lägsta pris, utan istället en frihet för anbudsgivaren att sätta ett lägre pris som motsvarar ett marknadspris, och inte som nu ett högre pris.

Som grund anges bl.a. följande. Arbetsförmedlingens uppställda utvärderingskriterier är inte proportionerliga. Det är inte möjligt att i praktiken

fullfölja de utvärderingskriterier som har ansetts vara utslagsgivande med det som ska upphandlas. När man använder ett lägsta pris är priset viktat till 100 procent. Men när man, som i Arbetsförmedlingens fall, använder ett förutbestämt pris så är kvalitetskriterierna viktade till 100 procent. Genom att priset är fastställt i förväg behöver inte Arbetsförmedlingen jämföra priser med erbjuden kvalitet. Utvärderingen baseras bara på att Arbetsförmedlingen ska få så mycket som möjligt eller så hög kvalitet som möjligt för ett i förväg bestämt pris. Således blir den viktning som är satt på personaltäthet utslagsgivande. Med tanke på att denna totalt är satt till 40 procent är det inte i proportion till övriga kriterier.

Arbetsförmedlingen borde på ett mycket tydligare sätt tänkt igenom syftet med upphandlingen. Den valda modellen lämpar sig bra för upphandlingar där man vill få så mycket som möjligt för pengarna, men är inte lämplig när man bara vill anskaffa en tillräckligt bra produkt med tillräckligt bra kvalitet. I detta fall är det en produkt som innebär att genomföra arbetsmarknadsutbildning. Detta kan möjligtvis ses som en bulkvara med syftet att få så många deltagare som möjligt att gå utbildningen. Det viktiga borde istället vara vilken kunskap deltagarna erhåller och att utbildningen har en sådan kvalitet att den skapar möjlighet att få arbete.

Arbetsförmedlingen anger i anbudsunderlaget att de nyttjar en utvärderingsmodell som bygger på en linjär beräkning. Detta vore lämpligt om Arbetsförmedlingen skulle använda det lägsta priset från samtliga anbud som utgångsvärde, d.v.s. om Arbetsförmedlingen först beräknade skillnaden mellan priset för aktuellt anbud och lägsta pris och därefter dividerar detta värde med lägsta pris. Detta värde skulle sedan multipliceras med högsta möjliga poäng för priset, varefter det uppnådda värdet multipliceras med angiven viktning för priser. Så är dock inte fallet då Arbetsförmedlingen har satt ett förutbestämt krav på lägsta pris.

Det förutbestämda lägsta priset är satt väldigt högt och avviker från vad som kan anses utgöra ett marknadspris. På så sätt tvingas anbudsgivarna upp i pris mot vad de normalt skulle kunna lämna som pris i anbudet. Nercias pris för motsvarande produkt är normalt på 2 370 kr/kdv och inte som det av Arbetsförmedlingens lägsta satt 2 500 kr/kursdeltagarvecka (kdv). Arbetsförmedlingens lägsta pris blev även det pris som Nercia tvingades lämna för att kunna uppfylla kravgränsen i priskriteriet.

Den beskrivna värderingsmetoden har således inneburit att pris har värderats på ett uppenbart sätt, d.v.s. lägre pris är lika med högre betyg. Detta är inte en lämplig modell då det fastställda lägsta priset överstiger marknadspriset. Syftet med en linjär och fast skala torde vara att säkerställa likabehandling genom att enskild anbudsgivare själv kan påverka sin betygsättning. Det vore då skäligt att inte sätta ett högsta lägsta pris som krav.

När det inte är möjligt att komma in med ett anbud som ligger på lägre nivå än högsta lägsta pris innebär det en ojämn balans mellan priskriterierna och kvalitetskriterierna. Den utslagsgivande faktorn blir personaltätheten. Det innebär att den blir 100 procent utslagsgivande och inte 40 procent som enligt förfrågningsunderlagets viktning. Det enda kriterium som avgör utgången av upphandlingen mäts därutöver i praktiken inte av upphandlande part. Därutöver är skillnaden mellan anbuden så liten att det inte går att möta i praktiken utan endast teoretiskt.

Enligt förfrågningsunderlaget punkt 1.6.2, som behandlar volymer, så garanterar Arbetsförmedlingen 400 kursdeltagarveckor under en avtalsperiod, vilket motsvarar åtta deltagare i genomsnitt.

Nercia ställer sig därutöver frågande till hur detta praktiskt följs upp och genomförs. För det fall det kommer åtta deltagare, ringer då Lernia in en till lärare med kort varsel och ser till att denna kommer och deltar och utbildar deltagarna några procent av kursdagen? Eller tar man igen detta så att några deltagare senare under utbildningsveckan får en större täthet i antal lärare? För Nercia förefaller detta osannolikt och detta talar för att förfrågningsunderlaget gynnar en leverantör som lägger ett anbud som inte är förenligt med den verklighet som råder. Kriteriet är ställt utifrån ett krav som inte motsvarar en normal kursdag. Det förefaller dels inte vara praktiskt att utföra utbildningen på detta sätt, dels inte möjligt att följa upp att deltagartätheten enligt de utslagsgivande utvärderingskriterierna verkligen kommer att efterlevas i praktiken. Urvalskriteriets betydelse och proportionalitet måste sättas i relation till hur det fungerar i praktiken och för att vara förenliga med proportionalitetsprincipen måste kraven ha ett naturligt samband med det som upphandlas och dessutom stå i rimligt förhållande till det som upphandlas.

Förfrågningsunderlaget kan inte godtas då det inte kan anses vara optimalt utformat. Tilldelningskriterierna pris och kvalitet är inte viktade på ett balanserat sätt och det är endast ett, icke i praktiken mätbart, urvalskriterium som avgjort upphandlingen. Förfrågningsunderlaget strider mot proportionalitetsprincipen då kraven på leverantören och kraven i kravspecifikationen inte kan ses som balanserade och inte kan anses ha ett naturligt samband med, och stå i rimligt proportion till det som upphandlas. Kraven kan därmed inte anses vara lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet.

Då de krav som uppställts, och den oskäligen viktning som de erhållit sinsemellan, leder till en avsaknad av likabehandling har Nercia inte lämnat ett anbud som skulle ge Nercia möjlighet att vinna anbudsfrågan. Därav har Nercia inte fått det aktuella uppdraget och kommer därmed att lida en om-

fattande ekonomisk skada som omfattar såväl direkt- som indirekt förlust.

Hänvisning sker till RÅ 2002 ref. 50.

Lernia måste bedömas ha haft en konkurrensfördel jämfört med övriga anbudsgivare genom att de är statligt finansierade.

Arbetsförmedlingen yrkar, vad gäller upphandlingen avseende Örebro, att Nercias ansökan om överprövning avslås. Arbetsförmedlingen yrkar vad gäller upphandlingen avseende Borlänge i första hand att Nercias ansökan om överprövning av upphandlingen avvisas och i andra hand att ansökan avslås. Som grund anges bl.a. följande.

Ansökan avseende Borlänge

Nercia har kommit in med ansökan om överprövning avseende leveransort Borlänge för sent. Arbetsförmedlingen genomför fyra upphandlingar med gemensamt förfrågningsunderlag för leveransorterna Borlänge, Malmö, Nässjö och Örebro. Var och en av leveransorterna utvärderas för sig (se förfrågningsunderlaget punkt 1.1.1). De ska således anses utgöra från varandra fristående separata upphandlingar. Förvaltningsrätten har i målet 2748-11 konstaterat att motsvarande skrivning ska innebära att det är fråga om separata upphandlingar. Prövningstillstånd meddelades varken i kamrarrätten eller Högsta förvaltningsdomstolen.

Nercia kom in till förvaltningsrätten med ansökan om överprövning av upphandlingen avseende Örebro den 19 oktober 2011. Förlängd avtalsspärr har därmed inträtt avseende denna upphandling. Nercia kom in med ytterligare en ansökan om överprövning den 21 oktober 2011, denna gång även avseende upphandlingen med leveransort Borlänge. Rubriken på ansökan som kom in den 19 oktober 2011 anger att den avser Elteknik i Örebro och

Borlänge. Under "Uppgift om upphandlingen som överklagas" anges det dock särskilt att ansökan avser endast utbildningsorten Örebro. I ansökan finns vidare inga som helst övriga uppgifter, argument eller påståenden som kan härledas till att ansökan även skulle avse upphandlingsorten Borlänge. Innehållet i den skrivelse ankomststämplades den 21 oktober 2011 skiljer sig i väsentliga delar från den som inkom den 19 oktober 2011. Ansökan kan inte förtydligas på så sätt att ansökan även skulle omfatta ytterligare en upphandling. I andra skrivelsen är visserligen argumentationen avseende de brister Nercia anser att upphandlingarna uppvisar i stort det samma, men sakförhållanden avseende Borlänge har tillkommit. Ansökan om överprövning avseende leveransort Borlänge har kommit in för sent och ska således inte tas upp till prövning.

Upphandlande myndigheter måste kunna förlita sig på att avtalsspärrar och tidsfrister för överprövning är absoluta. Den rättsosäkerhet som skulle bli följden av att acceptera att även för sent inkomna ansökningar prövas är inte godtagbar. I förlängningen leder detta till att de regler om avtalsspärr och tidsfriser som infördes genom lagändringen den 15 juli 2010 sätts ur spel.

Förfrågningsunderlaget och utvärderingen

Nercia anser att det lägsta pris som tillåtits är högre än marknadspris. Arbetsförmedlingen anser inte att det påståendet stämmer. Arbetsförmedlingen har tidigare erfarenhet av motsvarande utbildning som den nu aktuella och har tidigare betalat ett pris mellan 1 800 kr och 5 000 kr per kursdeltagarvecka. Priserna har skiljts sig åt beroende på lokaliseringsort, målgrupper, förekomsten av garanterade volymer m.m. Kopplingen mellan pris, levererad kvalitet och lärartäthet är erfarenhetsmässigt tydlig. Arbetsförmedlingen har vid de nu ifrågasatta upphandlingarna därför kommit fram till att den kvalitet som efterfrågas kräver en viss lägsta lärartäthet. Det

satta lägsta priset motsvarar väl marknadspriset för den lägsta kvalitet som efterfrågas. Nercia har i upphandlingarna avseende Malmö och Nässjö offererat ett pris om 2 600 kr. Lernia offererade för Nässjö ett pris om 2 900 kr, alltså betydligt högre än Nercias anbud, men vann ändå upphandlingen eftersom totalpoängen blev högre än Nercias då man offererade en högre lärartäthet. Priset är således en av flera faktorer som påverkar utgången.

Arbetsförmedlingen har vidare velat undvika risken för underprissättning, eftersom det på sikt riskerar att leveransens kvalitet inte upprätthålls. Avtalen är avsedda att vara i kraft som längst i 36 månader. Någon prisjustering under denna tid kommer inte att ske. Det lägsta tillåtna priset måste därför vara sådant att kvaliteten även kan garanteras över tid. Det lägsta priset ska därför inte understiga 2 500 kr per kursdeltagarvecka.

Nercia påstår felaktigt att priset är förutbestämt. Det har stått anbudsgivaren fritt att offerera priser emellan 2 500 kr och 4 000 kr per kursdeltagarvecka. Det är således upp till anbudslämnaren att kalkylera sitt pris utifrån bl.a. vilken lärartäthet man offererat. Att som Nercia yrkat, tillåta att anbudslämnare i efterhand får justera sitt pris till en lägre nivå än vad som angetts i förfrågningsunderlaget som lägsta tillåtna låter sig knappast göras i form av endast en rättelse. Det måste i så fall bli fråga om att göra om upphandlingarna i Borlänge och Örebro. Något annat skulle innebära ett tydligt åsidosättande av den grundläggande upphandlingsrättsliga likabehandlingsprincipen och principerna om transparens och förutsebarhet. Arbetsförmedlingen anser inte att förfrågningsunderlaget innehåller någon brist som motiverar ett sådant ingripande. Tvärtom anser Arbetsförmedlingen att förfrågningsunderlaget vad avser de kriterier som poängsatts vid utvärderingen samt den inbördes viktningen av dessa är klart och tydligt formulerat. För att ytterligare förtydliga vad som avsetts och hur utvärde-

ringen skulle kommat att göras har exempel angivits för varje utvärderingskriterium. Under förutsättning att maximala poäng erhållits på övriga kriterier har vilket som helst av kriterierna mycket väl kunnat bli utslagsgivande för vilket anbud som kom att antas. I förevarande fall har Nercia offererat en lägre personaltäthet än Lernia, allt annat lika, och därmed har Lernias anbud antagits.

Nercia har inte ifrågasatt den poäng bolaget tilldelats vid utvärderingen. Bolaget har utan vidare kunnat förutse vilken poäng dess anbud avseende personaltäthet och pris skulle komma att få. Bolaget har dessutom, som mycket riktigt påpekats, lång erfarenhet av att bedriva den sorts utbildning som upphandlingarna avser, varför bolaget inte haft något problem att er-hålla högsta poäng avseende kriteriet innehåll och upplägg. Även detta har bolaget ha kunnat förutse. Bolaget hade utan vidare kunnat justera sitt anbud så att de kriterier som man själv kunna styra poängsättningen av, nämligen utöver priset även personaltätheten, kunnat ge maximala poäng.

Den använda utvärderingsmodellen har använts med framgång i tidigare upphandlingar och under pågående anbudstid inkom inga frågor eller anmärkningar från presumtiva anbudslämnare avseende modellens utformning. Arbetsförmedlingen anser att modellen väl avspeglar den balans mellan pris och kvalitet som myndigheten önskat uppnå i de nu ifrågasatta upphandlingarna. Den avspeglar syftet med upphandlingarna på ett adekvat sätt som inte står i strid med proportionalitetsprincipen, likabehandlingsprincipen eller principerna om transparens eller förutsebarhet.

Nercia anger att det förhållandet att staten är ägare av Lernia ger en konkurrensfördel. Vilka ägarförhållanden som råder för ett visst bolag är inget som Arbetsförmedlingen kan ta hänsyn till utöver vad som följer av reglerna om uteslutning av anbudslämnare enligt 10 kap LOU. Antingen är ett

bolag kvalificerat i en upphandling eller inte. Lernia är kvalificerat och detta har inte ifrågasatts av Nercia.

Nercia vidhåller sina yrkanden och anför bl.a. följande.

Ansökan avseende Borlänge

Nercia bestrider att ansökan avseende Borlänge skulle ha kommit in för sent eller att den skulle erfordra en särskild begäran om överprövning. Nercias ansökan som gavs in den 19 oktober 2011 omfattar såväl Örebro som Borlänge. Nercias yttrande som är ankomststämplat den 21 oktober 2011 är endast ett förtydligande avseende grunden och sakomständigheterna och kompletterar tidigare inlämnad begäran om överprövning.

Förfrågningsunderlaget och utvärderingen

Då Arbetsförmedlingen i upphandlingen fastställt ett lägsta pris till 2 500 kr/kvd och ett högsta pris till 4 000 kr/kvd så innebär det en direkt uppmaning till de leverantörer som är angelägna om att få uppdragen att sätta anbudet till det lägsta priset. Att så även blev fallet framgår tydligt av de i målet aktuella inkomna anbuden från Lernia och Nercia. Båda dessa leverantörer lämnade in anbud på det lägsta priset om 2 500 kr/kdv. Nercia har under ca sju års tid genomfört motsvarande yrkesutbildning i Örebro med en lärartäthet om tio deltagare per lärare. Dessa utbildningar har haft genomgående mycket goda kvalitetsresultat. När elteknik upphandlades av Arbetsförmedlingen förra gången lämnade Lernia ett anbud med 2 600 kr/kdv i Malmö och 2 700 kr/kdv i Borlänge samt Nercia 2 370 kr/kdv i Örebro. I samtliga anbud förra gången angavs en lärartäthet om tio deltagare per utbildare. Att det skulle föreligga någon risk för underprissättning ställt i relation till avtalets bindningstid och kvalitet i leveransen så som Arbetsförmedlingen påstår ifrågasätts. Priserna har därut-

över tenderat att minska sedan tidigare upphandling genomfördes då konkurrensen hårdnat.

Att det utvärderingskriterium som helt avgör utgången är svårsmåbart i praktiken, och idag inte följs upp av uppdragsgivaren, gör att proportionalitetsproblematiken förstärks. Kriteriet tillmäts ett orimligt värde. Det förefaller vara stor risk att vare sig det ekonomiskt eller kvalitetsmässigt mest fördelaktiga alternativet har antagits. Det finns ingen rimlig balans mellan pris och kvalitet.

UTREDNING I MÅLET

I förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

1.5.1 Anbudsprövning

Prövning av anbud sker i tre steg:

- Först prövas om anbudet uppfyller de kvalificeringskrav som ställs på anbudsgivaren.
- Därefter prövas om anbudet uppfyller de **skall**-krav som ställs i förfrågningsunderlaget.
- De anbud som uppfyller ovannämnda krav utvärderas enligt fastställda utvärderingskriterier.

1.5.2 Utvärderingskriterier

De utvärderingskriterier som tillämpas i denna upphandling är:

Priskriterie: Pris - vikt 35 %

Kvalitetskriterie 1: Innehåll, upplägg och genomförande 25 %

Kvalitetskriterie 2: Personaltäthet praktisk utbildning, vikt 25 %

Kvalitetskriterie 3: Personaltäthet teoretisk utbildning, vikt 15 %

1.5.3 Beräkningsgrunder

Anbuden för aktuella utbildningsorter, Örebro, Borlänge, Malmö och Nässjö, kommer att utvärderas var för sig.

Arbetsförmedlingen kommer att anta de anbud som uppfyller samtliga krav och får högst sammanlagd poäng vid prövningen utifrån utvärderingskriterierna. Vid lika poäng vinner anbud med lägst pris per kursdeltagarvecka (pris per kvd). Ett anbud kan få maximalt 100 poäng.

Som utvärderingsmodell använder Arbetsförmedlingen en Linjärskaletmodell. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för respektive utbildningsort utses genom att Priskriterie och Kvalitetskriterier viktas sinsemellan.

Priskriterie - vikt 35 %

Modellen bygger på att Arbetsförmedlingen fastställer ett lägsta (bästa) och ett högsta (sämsta) pris. Det lägsta fastställda priset tilldelas värdet 100 poäng och det högsta priset tilldelas värdet 0 poäng. Mellan lägsta och högsta pris tilldelas anbudet poäng enligt en linjär skala som uppstår mellan värdena (100 - 0). Anbudsgivaren kan på förhand se hur det egna priset kommer att värderas.

I denna upphandling har Arbetsförmedlingen fastställt lägsta (bästa) pris till **2 500 kr/kdv** och högsta (sämsta) pris till **4 000 kr/kdv**.

Den aktuella prispoängen räknas därefter fram genom följande formel:

$$-\frac{((\text{Anbudspris} - \text{lägsta pris}) / (\text{högsta fastställda pris} - \text{lägsta fastställda pris}))}{100} - 100$$

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet och förutsebart sätt. Vidare gäller de EU-rättsliga principerna om proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Frågan om när ansökan om överprövning avseende Borlänge inkommit

Arbetsförmedlingen anser att ansökan om överprövning avseende leveransort Borlänge har kommit in för sent och därför inte ska tas upp till prövning och har till stöd för denna inställning anfört följande. Under "Uppgift om upphandlingen som överklagas" anges i Nercias ansökan, som kom in till förvaltningsrätten den 19 oktober 2011, särskilt att ansökan avser endast utbildningsorten Örebro. Det finns i ansökan inga som helst övriga uppgifter, argument eller påståenden som kan härledas till att ansökan även skulle avse upphandlingsorten Borlänge. Innehållet i den skrivelse ankomststämplades den 21 oktober 2011 skiljer sig i väsentliga delar från den som inkom den 19 oktober 2011. Upphandlande myndigheter måste kunna förlita sig på att avtalsspärrar och tidsfrister för överprövning är absoluta.

Nercia anser att ansökan som kom in till förvaltningsrätten den 19 oktober 2011 avser båda utbildningsorterna Örebro och Borlänge och att skrivelsen som kom in till förvaltningsrätten den 21 oktober 2011 endast är en komplettering till den tidigare ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten konstaterar att tilldelningsbeslut skickades ut elektroniskt till samtliga anbudsgivare den 10 oktober 2011. Då formkraven i underrättelsen är uppfyllda löpte en avtalsspärr fram till och med den 20 oktober 2011. Av rubriken på Nercias ansökan om överprövning, som kom in till förvaltningsrätten den 19 oktober 2011, framgår att ansökan avser pågående offentlig upphandling avseende Arbetsmarknadsutbildning Elteknik i Örebro och Borlänge (Af-2011/226169). Till ansökan om överprövning har anbudsunderlaget för Örebro och Borlänge samt gemensamt anbudsunderlag för samtliga utbildningsorter bifogats. Förvaltningsrätten

anser att Nercias rubrik i ansökan tydligt anger att ansökan avser både Örebro och Borlänge och att bifogat material även tyder på detta. Ansökan får därför anses omfatta båda utbildningsorterna, trots att det i den text där grunderna beskrivs anges att ansökan endast avser utbildningsorten Örebro. Förlängd avtalsspärr löper således avseende både Örebro och Borlänge. Arbetsförmedlingens yrkande om att avvisa ansökan avseende Borlänge ska därför avslås.

Förfrågningsunderlaget och utvärderingen

Inledningsvis konstateras att förvaltningsrätten har att pröva hur upphandlingen genomförs. Hur krav som ställs i förfrågningsunderlaget praktiskt följs upp och utförs är inte föremål för förvaltningsrättens prövning.

Kravspecifikationen

Upphandlingen i fråga består av tre delar. Först prövas om anbudet uppfyller kvalificeringskraven, därefter prövas om anbudet uppfyller skall-kraven som ställs i förfrågningsunderlaget och de anbud som uppfyller dessa krav utvärderas sedan enligt fastställda utvärderingskriterier. Nercia har anfört att kraven i kravspecifikationen inte kan ses som balanserade och varken har ett naturligt samband med eller står i rimlig proportion till det som upphandlas. Vidare anser Nercia att kraven därmed inte är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet.

Förvaltningsrätten konstaterar att Arbetsförmedlingen har ansett att Nercia uppfyllt alla krav och Nercia har därför kvalificerats till utvärderingen. Någon närmare beskrivning av vilka krav som Nercia avser och på vilket sätt dessa krav inte står i rimlig proportion till det som upphandlas framgår inte av ansökan eller den efterföljande skriftväxlingen. Förvaltningsrätten

finner att Nercia inte visat att något krav skulle vara oproportionerligt. Någon anledning för ingripande enligt LOU föreligger därför inte på denna grund.

Utvärderingen

Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållandena 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 LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Arbetsförmedlingen valt att använda utvärderingsmetoden där det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för respektive utbildningsort ska utses genom att pris och kvalitet viktas sinsemellan.

Nercia menar att Arbetsförmedlingen genom att sätta ett lägsta pris om 2 500 kr i praktiken satt ett förutbestämt pris och att personaltäthetskriteriet därmed blivit utslagsgivande. Kriteriet personaltäthet viktas till 40 procent enligt förfrågningsunderlaget, men i realiteten är det viktat till 100 procent. Personaltäthet viktas därmed oproportionerligt tungt. Enligt Nercia leder den oskäligen viktningen till avsaknad av likabehandling. Förfrågningsunderlaget gynnar leverantörer vars anbud inte är förenligt med den verklighet som råder, eftersom kriteriet på personaltäthet inte är ställt utifrån hur en vanlig kursdag ser ut. Enligt förvaltningsrätten förutsätter likabehandlingsprincipen att anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet. Alla leverantörer har haft samma möjlighet att justera sitt anbud för att styra poängsättningen i utvärderingen. Anledning för ingripande enligt LOU föreligger därför inte på denna grund.

Nercia anser att det lägsta priset är satt väldigt högt och avviker från vad som kan anses utgöra ett marknadspris. Arbetsförmedlingen menar att det satta lägsta priset väl motsvarar marknadspriset för den lägsta kvalitet som

efterfrågas. Förvaltningsrätten anser att Nercia inte visat att lägsta pris är satt på ett sätt som innebär att förfrågningsunderlaget strider mot LOU. Anledning för ingripande enligt LOU på denna grund föreligger därför inte heller.

Nercia har invänt att den aktuella utvärderingsmodellen inte ger ett rättvisande resultat. Enligt förvaltningsrätten ska en utvärderingsmodell vara förutsebar och leda till att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Förvaltningsrätten finner att Arbetsförmedlingens förfrågningsunderlag är tydligt och klart utformat i de delar som Nercia invänt emot och att aktuell utvärderingsmodell har tillämpats i enlighet med vad som framgår av förfrågningsunderlaget. Även om utvärderingsmodellen kan anses ha vissa brister är dessa inte av sådan art och omfattning att utvärderingen strider mot LOU. Någon anledning för ingripande enligt LOU på denna grund föreligger därför inte heller.

Enligt Nercia har Lernia haft en konkurrensfördel jämfört med övriga anbudsgivare genom att Lernia är statligt ägt. Förvaltningsrätten finner att Nercia inte visat att Lernia haft någon konkurrensfördel med anledning av sitt ägarförhållande. Någon anledning för ingripande enligt LOU föreligger inte heller på denna grund.

Sammanfattningsvis har det i målet således inte framkommit annat än att utvärderingen har skett på det sätt som beskrivits i förfrågningsunderlaget och att förfrågningsunderlaget uppfyller de krav som följer av LOU och EU-rätten. Vad Nercia har anfört ger inte stöd för att den aktuella upphandlingen ska ha skett i strid med reglerna i LOU eller de för upphandling grundläggande EU-rättsliga principerna har trätts för när på sådant sätt att bolaget lidit eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 5 § LOU. Förutsättningar för ingripande från domstolens sida föreligger därmed inte, var-

för Nercias ansökan ska lämnas utan bifall.

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

Susanne Bagge

Rådman

Föredragande har varit Anna Mörtberg.



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