



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
 Allmänna avdelningen

**DOM**  
 2011-10-13  
 Meddelad i  
 Stockholm

Mål nr  
 18295-11  
 Enhet 15

**SÖKANDE**

Lernia Utbildning AB, 556467-3381  
 Ombud: David Karlström  
 Box 1181  
 111 91 Stockholm

**MOTPART**

Arbetsförmedlingen  
 Juridiska enheten  
 113 99 Stockholm

**SAKEN**

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

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2011-10-14	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår Lernia Utbildning AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 166996

<b>Postadress</b>	<b>Besöksadress</b>	<b>Telefon</b>	<b>Telefax</b>	<b>Expeditionstid</b>
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		<b>E-post:</b> forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

**BAKGRUND, YRKANDEN M.M.**

Arbetsförmedlingen har genomfört en förenklad upphandling av "Arbetsmarknadsutbildning Verkstadsteknik samt Svets och plåtbearbetning", dnr. Af-2011/154318. Den del av upphandlingen som är aktuell i detta mål är området Verkstadsteknik som omfattar 21 utbildningsorter/delupphandlingar. Avtal ska tecknas med en leverantör per utbildningsort. Vid anbudsutvärdering avseende de tolv orterna Arvika, Borås, Borlänge, Göteborg, Karlstad, Kristianstad, Landskrona, Malmö, Sandviken, Skövde, Söderhamn och Ystad fick Lernia Utbildning AB (Lernia) och Competens Utbildning Sverige AB (Competens) lika många poäng. Arbetsförmedlingen använde därför lottning för att utse vinnande anbud. Lernia utsågs till vinnare avseende tre orter (Göteborg, Kristianstad och Landskrona) medan Competens utsågs till vinnare avseende nio orter (Arvika, Borås, Borlänge, Karlstad, Malmö, Sandviken, Skövde, Söderhamn och Ystad).

**Lernia** ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen avseende området Verkstadsteknik och orterna Arvika, Borås, Borlänge, Karlstad, Malmö, Sandviken, Skövde, Söderhamn och Ystad ("upphandlingen") i första hand ska göras om och i andra hand rättas på så sätt att 1. ny lottning genomförs för att särskilja anbud med lika poäng 2. att den sker enligt en erkänt slumpmässig metod 3. att såväl metoden som förfarandet dokumenteras i offentligt protokoll samt 4. att förfarandet sker under tillsyn av notarius publicus. Som grund för sin talan anför Lernia i huvudsak följande. Den använda utvärderingsmodellen är otjänlig för sitt syfte. Upphandlingen har genomförts med utvärdering enligt principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga alternativet. Olika kriterier har vägts mot varandra. Utöver "Pris" har kvalitetskriterierna "Upplägg och genomförande" samt "Lärartäthet" använts. Arbetsförmedlingen har därvid satt upp kravgränser där anbudens värden ska rymmas inom givna intervall:

Lärartäthet: Ange antalet deltagare per lärartjänst på heltid i utbildningen.  
Kravgräns: 10,00 - 6,00 st.

Pris: Ange pris per deltagarvecka.  
Kravgräns: 6 000 – 2 500 kr.

För att en upphandling med sådana kravgränser ska fungera behöver intervallen sättas så att ingen leverantör samtidigt kan få full utdelning på alla utvärderingskriterier. Gränserna för "Lärartäthet" och "Pris" har satts för snävt. Kriteriet "Upplägg och genomförande" har dessutom tillämpats så att varje leverantör med tillräcklig kvalitet fått full poäng. Därför har urvalssystemet satts ur spel och Arbetsförmedlingen har tvingats tillgripa lottning för att utse vinnande leverantör i 12 av 21 delupphandlingar. Upphandlingen har inte genomförts med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och bör därför göras om. Lottning är en undantagslösning. En modell för medvetet urval som i så hög utsträckning har ersatts med slump håller sig inte inom ramen för en förenklad upphandling. I vart fall har lottningen blivit en så väsentlig del av utvärderingen att den borde ha skyddats genom ett särskilt rättssäkert förfarande med tydlighet och förutsebarhet. Det kunde till exempel ha angetts i förfrågningsunderlaget att lottning var en möjlig lösning och hur lottning skulle genomföras. Lottningen kunde vidare ha genomförts under extern kontroll, t.ex. genom notarius publicus. Lottningsprotokollet har undertecknats av tre personer som intygar att lottningen har genomförts korrekt. Protokollet innehåller inga uppgifter om hur lottningen har genomförts rent tekniskt. Såvitt kan utläsas har ingen extern kontroll av resultatet skett. Competens har vunnit nio av tolv lottningar. Sannolikheten för detta är 7 procent. En ny lottning bör genomföras med en erkänt slumpmässig metod, dokumenteras i ett offentligt protokoll och ske under överinseende av notarius publicus. Lernia har lidit skada genom felaktigt satta kravgränser och bristande rättssäkerhetsgarantier.

**Arbetsförmedlingen** bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Förfrågningsunderlaget har varit utformat på ett adekvat sätt. Det har varit i enlighet med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna

att använda lottning eftersom vinnande anbud inte kunnat utses på grundval av utvärderingen. Lottningen har genomförts på ett godtagbart sätt. Arbetsförmedlingen har i förfrågningsunderlaget avsnitt 2.4 Utvärdering av anbud angett att tre utvärderingskriterier används och viktas enligt följande: "Upplägg och genomförande" 40 procent, "Lärartäthet" 20 procent och "Pris" 40 procent. Utvärdering av kriterium 1 har skett i en linjär betygs-skala från 0 till 3, där betyget tre ger 100 procent av viktningen, dvs. 40 poäng, och betyget 0 ger 0 poäng. Utvärderingskriterierna 2 och 3 har poängsatts i en steglös linjär skala som varit förutsebar för anbudslämnaren. Lägsta tillåtna pris 2 500 kr har gett 100 procent av viktningen i poäng, dvs. 40 poäng. Högsta tillåtna lärartäthet har gett 100 procent av viktningen i poäng, dvs. 20 poäng. Maximalt har anbuden kunnat uppnå 100 poäng. Utvärderingsmodellen har inte varit otjänlig för sitt syfte. Modellen är beprövad och har använts med framgång under lång tid. Viktningen av kriterierna är adekvat. Kravgränserna har satts med utgångspunkt i erfarenhet av tidigare upphandlingar av motsvarande utbildningstjänster. Samspelet mellan lärartäthet och pris avspeglas i modellen på ett adekvat sätt. Gränserna har inte satts för snävt för att åstadkomma en god kvalitet på affärs-mässigt sunda villkor. I de nu aktuella upphandlingarna har Lernia och Competens lämnat identiska anbud avseende lärartäthet och pris. Båda företagen har lång erfarenhet av att leverera arbetsmarknadsutbildningar inom området Verkstadsteknik och har därför inte haft några svårigheter att uppnå högsta poäng avseende upplägg och genomförande. Av ett rättsfall från Högsta förvaltningsdomstolen framgår bl.a. att något principiellt hinder inte föreligger mot att vid lika anbud använda lottning, trots att det inte framgått i förfrågningsunderlaget. I det fallet hade någon utomstående kontrollant inte varit närvarande och inte heller getts möjlighet att närvara. Det fanns dock inte anledning att anta att lottningen utförts på ett sätt som inte kunde godtas. Överklagandet avslogs. Rättsfallet behandlar en situation som är snarlik hur Arbetsförmedlingen valde att skilja anbuden åt i förevarande fall. Den nu aktuella lottningen genomfördes av tre närvarande upp-

handlare och redovisades i ett offentliggjort lottningsprotokoll. Arbetsförmedlingen genomförde lottningen i närvaro av tre upphandlare. Lottningen har genomförts på följande sätt: Person 1 har tagit två lika stora papperslotter med namnet på respektive anbudsgivare och vikt dessa så att namnen varit helt dolda. Därefter har person 1 placerat lotterna i en behållare som skakats. Person 2 har därefter dragit en lott, vikt upp den, läst upp namnet samt visat lotten för övriga närvarande. Person 3 har noterat namnet i lottningsprotokollet som det vinnande anbudet. Därefter har person 2 tagit upp återstående lott, vikt upp den och kontrollerat att det inte varit fråga om två identiska lotter. Vid varje lottning har nya lottsedlar använts. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger inte.

**Lernia** genmäler bl.a. följande. Lernia ifrågasätter inte Högsta förvaltningsdomstolens dom i det återopade målet men menar att det finns skillnader mellan den situation som då behandlades och nu aktuellt fall. I det återopade rättsfallet användes lottning för att skilja två leverantörer åt i ett enstaka urval. I nu aktuellt fall har lottning genomförts för 12 av 21 delupphandlingar. Lottning bör accepteras som en undantagslösning men bör inte få ersätta andra urvalsmetoder. Att välja lottning när andra urvalsmetoder är möjliga är oförenligt med principerna om förutsebarhet, likabehandling och transparens. Lottning hade kunnat undvikas om kravgränserna satts vidare. Om lottningen tillåts bli en väsentlig del av urvalsförfarandet riskerar den att i stor utsträckning ersätta urval efter kvalitet och pris. Arbetsförmedlingen har utformat en urvalsmodell som har lett till lottning i onödigt många fall, valt en otjänlig urvalsmodell och i efterhand försökt reparera detta genom lottning. Istället borde upphandlingen ha gjorts om. I vart fall borde lottningen ha begränsats till nödvändiga delar och utformats med större rättsäkerhetsgarantier. En rimlig lösning vore att tilldela varje leverantör sex orter och sedan lotta om vilka orterna skulle bli. Det finns lottningsmetoder som fungerar vid en enstaka lottning, men som inte blir slumpmässiga vid upprepning. För att en metod ska vara slumpmässig ska

de kritiska leden i lottningen vara slumpmässiga. I det beskrivna lottningsförfarandet finns flera delar som kan förväntas leda till fel. Om dessa moment görs lika varje gång ökar risken för att samma resultat upprepas. Utifrån beskrivningen är det sannolikt att lottningen innehållit sådana fel. Lernia återger en formel som beskriver sannolikheten att få  $k$  stycken tilldelningar på  $n$  oberoende lottningar. Att Competens skulle få tilldelning i nio lottningar eller fler är 7,3 procent. Det finns därmed anledning att anta att lottningen kan ha utförts på ett sätt som inte är förenlig med principerna om förutsebarhet, likabehandling och transparens. Lottningen måste göras om, t.ex. genom ett förfarande där lappar ersatts med två lika stora bollar märkta 1 och 2. Anledningen till att Lernia endast har klagat på 9 av de 12 delupphandlingarna är att Lernia inte är skadelidande i de 3 delupphandlingar som bolaget har vunnit. Lernia är emellertid beredd att medverka till någon av följande lösningar:

- Upphandlingen görs om helt för alla 12 orter där lottning skett.
- Varje leverantör tilldelas 6 orter och lottning avgör vilka orterna blir
- Ny lottning – utformad enligt Lernias yrkande – görs för alla 12 orter där lottning tidigare skett.

## DOMSKÄL

### *Tillämpliga bestämmelser*

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

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, skall myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

En upphandlande myndighet skall i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

I 16 kap. 5 § LOU anges 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*

#### Utvärderingsmodellen

Frågan i denna del är om det finns skäl för ingripande enligt LOU på grund av den valda utvärderingsmodellens utformning. Bolaget har bl.a. anfört att utvärderingsmodellen är otjänlig för sitt syfte och leder till lottning i onödigt många fall.

Av 12 kap. 1 § LOU framgår att bedömningen av vilket anbud som är det mest fördelaktiga ska göras ur den upphandlande myndighetens synvinkel. Enligt EU-domstolens praxis får de upphandlande myndigheterna vid valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet välja de kriterier som de ämnar tillämpa, på villkor att de syftar till att möjliggöra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet fastställs och att de inte medför att den upphandlande myndigheten ges obegränsad valfrihet när den tilldelar anbudsgivare kontrakt. Tillämpningen av nämnda kriterier ska dessutom ske med iakttagande av såväl förfarandereglerna som de grundläggande principer som följer av gemenskapsrätten (C-448/01 p. 37-38). I RÅ 2002 ref. 50 har Högsta förvaltningsdomstolen uttalat bl.a. följande. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är det

ekonomiskt mest fördelaktiga antas. 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 LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Högsta förvaltningsdomstolen har vidare i RÅ 2009 ref. 60 uttalat bl.a. följande. När två lika anbud med lägsta pris har lämnats vid ett öppet förfarande där bara ett anbud ska antas ligger det nära till hands att skilja anbuden åt genom lottning. För detta talar att lottning förekommer i många sammanhang där man vill låta slumpen särskilja fall som i alla relevanta avseenden är lika, bl.a. när det visat sig att de vanliga urvalsreglerna inte räcker till. Det anses allmänt att en sådan metod inte i sig gynnar någon av deltagarna på någon annans bekostnad. Något principiellt hinder mot att vid lika anbud använda lottning finns därför inte. Det skulle föra för långt att kräva att myndigheterna i förfrågningsunderlaget uttryckligen skulle ha redovisat att lottning skulle komma att göras om övriga angivna urvalsmekanismer inte gav avsett resultat.

Förvaltningsrätten anser att Arbetsförmedlingens utvärderingsmodell, de valda utvärderingskriterierna samt de uppsatta kravgränserna är tydligt presenterade i förfrågningsunderlaget och att eventuella anbudsgivare har getts möjlighet att lämna konkurrenskraftiga anbud i upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens mening kan det inte krävas att kravgränserna skulle ha utformats på det sättet att det skulle vara omöjligt för två leverantörer att erhålla full utdelning på de olika delkriterierna. Förvaltningsrätten anser inte att kravgränserna kan anses vara för snävt satta. Det kan inte heller anses strida mot LOU eller dess grundläggande principer att använda sig av lottning när fler än ett anbud har bedömts vara lika ekonomiskt fördelaktiga. Förvaltningsrätten konstaterar vidare att det i det aktuella fallet är fråga om 21 separata delupphandlingar, motsvarande 21 olika orter. Det faktum att lottning har tillämpats i 12 av dessa delupphandlingar medför



enligt förvaltningsrättens mening inte att utvärderingsmodellen som sådan kan anses vara ägnad att leda till ett slumpmässigt urval av leverantörer snarare än att de för Arbetsförmedlingen ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden faktiskt antas i respektive delupphandling. Förvaltningsrätten finner därför att den valda utvärderingsmodellen inte strider mot LOU eller dess grundläggande principer. Skäl för ingripande enligt LOU saknas således på denna grund.

#### Lottningsförfarandet

Lernia har även invänt att det lottningsförfarande som Arbetsförmedlingen har tillämpat strider mot LOU och dess grundläggande principer.

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2009 ref. 60 uttalat följande beträffande själva lottningsförfarandet i den aktuella upphandlingen. Av ett protokoll framgår att tre personer vid de upphandlande myndigheterna har intygat att lottningen gått korrekt till. Någon utomstående kontrollant har inte varit närvarande och inte heller getts möjlighet att närvara. Även med beaktande av detta har det emellertid inte kommit fram någon omständighet som ger anledning att anta att lottningen utförts på ett sätt som inte kan godtas.

Arbetsförmedlingen har i yttrande till förvaltningsrätten beskrivit hur det aktuella lottningsförfarandet har gått till. Förvaltningsrätten noterar att någon utomstående kontrollant inte har närvarat under lottningen men att det av ett offentliggjort protokoll framgår att tre personer från den upphandlande myndigheten har närvarat och intygat att lottningen har genomförts på ett korrekt sätt. Förvaltningsrätten anser inte, trots att det används lottningsförfarandet inte framgår av det upprättade protokollet, att det finns skäl att ifrågasätta att förfarandet har skett på ett godtagbart sätt. Vad Lernia har anfört i denna del medför ingen annan bedömning. Skäl för

ingripande enligt LOU finns därför inte heller på denna grund. Ansökan om överprövning ska således avslås i sin helhet.

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



Helena Löwdell

Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Nike Berlin.



# 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