



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Avdelning 32

DOM
2017-06-22
Meddelad i Stockholm

Mål nr
3875-17

Sida 1 (9)

SÖKANDE

Yrkesakademin AB, 556346-6233
Box 127
791 23 Falun

MOTPART

Arbetsförmedlingen, 202100-2114
113 99 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2017-06-22	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 848243

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt

Expeditionstid

måndag-fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Arbetsförmedlingen genomför upphandling av "Lokalvård, hemservice, sanering och servicevård inom vården" (Af-2016/00146385) och har tillämpat ett förenklat förfarande. Upphandlingen omfattar 19 leveransområden och varje område betraktas som en upphandling. Anbud lämnas för ett eller flera områden. Yrkesakademin AB (Yrkesakademin) har lämnat anbud för samtliga leveransområden undantaget Gotland. Den 3 februari 2017 har Arbetsförmedlingen beslutat att anta annat anbud än det från Yrkesakademin för samtliga leveransområden.

Yrkesakademin ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på sådant sätt att ny utvärdering görs där Arbetsförmedlingen bortser från den angivna grunden för att ge bolagets anbud lägre poäng. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om för samtliga leveransområden.

Till stöd för bolagets talan anføres bl.a. följande. Arbetsförmedlingens grund för en lägre poängsättning saknar stöd i förfrågningsunderlaget. Förfarandet innebär därför en överträdelse av principerna om likabehandling och transparens i lagen om offentlig upphandling (2007:1091) (LOU). Om Arbetsförmedlingen inte hade agerat i strid med LOU hade bolagets anbud tilldelats högre poäng och därmed fått kontrakt. Bolaget har således lidit skada eller kan komma att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § LOU. I andra hand görs gällande att utvärderingsmodellen är utformad på ett sätt som öppnat för en godtycklig bedömning som inte kunnat förutses av anbudsgivarna. Upphandlingen har därför genomförts i strid med LOU:s principer om likabehandling och transparens. Överträdelsen har medfört att bolaget inte har kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud, och bolaget har därför lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening.

Arbetsförmedlingen yrkar att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Någon åtgärd i strid med LOU eller någon av de gemenskapsrättsliga principerna har inte vidtagits. Yrkesakademin har därmed inte lidit eller riskerat att lida skada. Bolaget tilldelades betyg 4 vid utvärderingen av kriteriet "Individanpassning" avseende fallbeskrivning 1 på grund av att bolaget frångått givna förutsättningarna. Utvärderingsmodellen och förfrågningsunderlaget i övrigt är utformade i enlighet med principerna i LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft. Genom den lagen upphävdes den äldre LOU. Enligt fjärde punkten i övergångsbestämmelserna till den nya lagen gäller dock den upphävda lagen för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Eftersom upphandlingen i förevarande mål påbörjades före den 1 januari 2017 är den tidigare gällande LOU tillämplig vid nu aktuell prövning.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts om den upphandlande myndigheten 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. Av 1 kap. 9 § LOU framgår 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 praxis framgår att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de inte bryter mot de principer som bär upp det upphandlingsrättsliga regelverket. Ett förfrågningsunderlag ska dock vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten eller enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt antas (se RÅ 2002 ref. 50).

EU-domstolen har uttalat att kravet på transparens innebär att samtliga villkor och bestämmelser för tilldelningsförfarandet ska vara formulerade, i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, på ett klart, precist och entydigt sätt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt (se Connexion Taxi Services, C-171/15, ECLI:EU:C:2016:948).

Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). Förvaltningsrätten kan inte besluta att en upphandlande myndighet ska teckna avtal med någon av anbudsgivarna. Om det finns skäl för ingripande enligt LOU har förvaltningsrätten att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas, oavsett hur bolagets yrkanden har utformats (jfr RÅ 2005 ref. 47 och HFD 2012 ref. 2).

Förvaltningsrättens bedömning

Är utvärderingsmodellen utformad i strid med LOU?

Yrkesakademin har gjort gällande att den aktuella utvärderingsmodellen är utformad på ett sätt som innebär att anbudsgivarna inte har kunnat förutse vad som kommer att tillmätas betydelse vid bedömningen. Man har därmed enligt bolaget öppnat upp för en godtycklig bedömning. Förvaltningsrätten prövar denna invändning först eftersom den avser det konkurrens- uppsökande skedet av upphandlingen.

Enligt Yrkesakademin är innebörden av begreppet moment, som används i samtliga betygsnivåer, oklar. Bolaget menar att anbudsgivarna har tvingats att göra antaganden om innebörden och att utvärderingsmodellen därmed strider mot transparensprincipen. Arbetsförmedlingen fick under upphandlingsförfarandet en fråga om vad som innefattas i begreppet "moment" vid betygssättningen, och svarade att "betygssättningen kommer att ske utifrån de tre fallbeskrivningar som angetts i förfrågningsunderlaget". Svaret klargjorde enligt bolaget inte den faktiska innebörden. Arbetsförmedlingen har i efterhand svarat på vilket moment i anbudet som var bristfälligt. Man angav då att ett av momenten som bolaget haft att förhålla sig till i fallbeskrivning 1 var att deltagarens SFI-studier måste kombineras på ett visst sätt. Dessa specifika förutsättningar eller "moment" har inte tydligt angivits i förfrågningsunderlaget enligt bolaget. Om leverantörerna på förhand hade fått ta del av dessa uppgifter menar Yrkesakademin att man skulle haft möjlighet att anpassa sitt anbud. Att övriga anbud i princip har sekretessbelagts i sin helhet innebär att bolaget inte heller har kunnat granska hur övriga anbudsgivare har uppfattat underlaget, vilket bekräftar den bristande transparensen som finns i utvärderingsmodellen. Kammarrätten i Stockholm har vidare i två domar den 27 januari 2017 (mål nr 5053-16 och 6086-16) underkänt liknande utvärderingsmodeller i Arbetsförmedlingens upphandlingar.

Förvaltningsrätten konstaterar att bl.a. följande anges i förfrågningsunderlaget, under avsnitt 1.4.1 Yrkesutbildning.

”Leverantörens ska i anbudet beskriva tre fall som beskriver hur man avser att individanpassa utbildningen för dessa tre nedan beskrivna deltagare med olika behov samt motivera hur detta i respektive fall leder till att utbildningsmålet nås.”

Under avsnitt 1.5.2 ”Tilldelningsgrunder” anges bl.a. följande.

”Arbetsförmedlingen tillämpar som tilldelningsgrund *det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet*. Det innebär att Arbetsförmedlingen kommer att ta hänsyn till både pris och kvalitet vid utvärderingen av inkomna anbud.”

Vidare framgår bl.a. följande under avsnitt 1.5.3 ”Utvärderingskriterier”.

”De utvärderingskriterier som tillämpas i denna upphandling är:
Individanpassning 70 %
Pris, vikt 30 %

Individanpassning vikt 70 % –

Hur utbildningarna anpassas efter deltagarnas individuella förutsättningar och behov så att målet för utbildningarna uppnås. Vid bedömningen kommer Arbetsförmedlingen särskilt men inte exklusivt ta hänsyn till att anbudslämnaren visar på ett för Arbetsförmedlingen tydligt, trovärdigt och överskådligt sätt;

- individanpassa och genomföra utbildning för funktionsnedsatta personer och nyanlända invandrare.
- samarbeta med leverantörerna av flexibla anpassningsmoduler och yrkessvenska.”

Av beskrivningen av betygsnivåerna i avsnitt 1.5.3 framgår att anbud som offererar en tjänst som i samtliga moment mycket väl motsvarar det som efterfrågas i förfrågningsunderlaget får högsta betyg (5). Det framgår vidare av betygsskalan att anbuden tilldelas lägre poäng i enlighet med hur många moment som inte svarar mot det som efterfrågas ned till lägsta betyg (0).

Enligt förvaltningsrätten kan användningen av begreppet moment förvisso inte anses optimalt i förevarande fall, då det finns visst tolkningsutrymme gällande innebörden. Genom beskrivning av betygsnivåerna och svaret till leverantörerna angående innebörden av ”moment” får det dock tillräckligt klart och tydligt anses framgå att momenten relaterar till de individanpass-

ningar som efterfrågats. Individanpassning är ett utvärderingskriterium som viktats till 70 procent och i förfrågningsunderlaget har anbudsgivare haft tydliga förutsättningar att utgå ifrån genom de angivna fallbeskrivningarna. Det är heller inte fråga om en specificerad och jämförbar produkt vilket innebär att det måste finnas utrymme för den upphandlande myndigheten att använda sig av en mer öppen utvärderingsmodell (jfr bl.a. Kammarrätten i Stockholms dom den 16 februari 2016 i mål nr 8289-15 m.fl.). Förvaltningsrätten anser därmed att utvärderingsmodellen är utformad på ett tillräckligt klart och tydligt sätt för anbudsgivare att avgöra vad som skulle tillmätas betydelse vid betygssättningen. Upphandlande myndighet kan således inte anses ha brutit mot principerna i LOU genom utvärderingsmodellens utformning.

Har Arbetsförmedlingen haft grund för att göra poängavdrag?

Yrkesakademien har gjort gällande att Arbetsförmedlingens poängavdrag för fallbeskrivning 1 saknar grund i förfrågningsunderlaget. Anbudet uppfyller enligt bolaget de förutsättningar som angivits i förfrågningsunderlaget och borde därmed ha tilldelats ett högre betyg än 4.

Bolaget anför bl.a. följande. Det har inte varit en förutsättning i fallbeskrivning 1 att kombinera SFI-utbildningen med yrkesutbildningen på visst sätt. Ett kortare uppehåll i SFI innebär inte heller att utbildningen avslutas, eller ens att den inte kan anses fortsätta på deltid.

Arbetsförmedlingen har i sin tur gjort gällande följande. De givna förutsättningarna, då bl.a. att person deltar i SFI-studier på deltid, framgår tydligt av fallbeskrivning 1. Trots detta har bolaget på två ställen i sitt anbud angett att deltagaren inte ska genomföra SFI-studier. Eftersom bolaget har frångått förutsättningarna i fallbeskrivning 1 har de fått ett poängs avdrag.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att fallbeskrivning 1 anges på följande sätt i förfrågningsunderlaget, under avsnitt 1.4.1 Yrkesutbildning.

” - En nyanländ med arabiska som modersmål, som ska utbildas inom lokalvård och har aldrig tidigare arbetat inom yrkesområdet. Hen har låg språknivå i det svenska språket och deltar i SFI-studier på deltid.”


Anbudsgivare har således haft att beskriva hur man kommer att individanpassa utbildningen utifrån vissa fallbeskrivningar. I fallbeskrivning 1 är en förutsättning att den nyanlända deltar i SFI-studier på deltid. Yrkesakademin har i sitt anbud förutsatt att deltagaren kan göra kortare avbrott i SFI-studierna för att koncentrera sig på delar av yrkesutbildningen. Enligt förvaltningsrätten måste begreppet deltid för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare förstås på så sätt att individen under sin yrkesutbildningstid samtidigt ska genomgå språkstudier. Yrkesakademin har i sitt anbudssvar förutsatt att deltagaren kan göra kortare uppehåll i sina SFI-studier. Ett uppehåll i SFI-studierna innebär att kursdeltagaren inte deltar i SFI-studier på deltid under avbrottet. Då svaret inte fullt ut motsvarar vad som har efterfrågats i förfrågningsunderlaget får Arbetsförmedlingen anses ha haft fog för den bedömning som ligger till grund för betygssättningen. Bolaget har därmed inte visat att utvärderingen saknat grund i förfrågningsunderlaget och därför strider mot LOU.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner sammantaget att Yrkesakademin inte kan anses ha visat att Arbetsförmedlingens upphandling skulle strida mot principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU. Det saknas därför skäl för ingripande enligt LOU. Vad bolaget i övrigt har anfört förändrar inte denna bedömning. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Isabella Bjurling Willis

Förvaltningsrättsfiskal

Patina Löke har föredragit målet.



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. 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 överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet -- och om de fortfarande är aktuella -- behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller 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.

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.