

KLAGANDE

BH Highland Maskin AB, 556815-4453
Bultvägen 8
281 43 Hässleholm

MOTPART

Arbetsförmedlingen
Juridiska enheten
113 99 Stockholm

KONKURRENSVEKET	
2011-12-21	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrättens i Stockholm dom den 25 november 2011
i mål nr 21089-11, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling; fråga
om talerätt

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avvisar överklagandet.

YRKANDEN M.M.

BH Highland Maskin AB (BH Highland eller bolaget) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, förordnar att Arbetsförmedlingens upphandling av arbetsmarknadsutbildning för maskin- och kranförare, ref.nr Af-2011/226225, (upphandlingen) rättas på så sätt att anbudet från ROFAB Maskin & Byggutbildning AB (ROFAB) förkastas. Till grund härför anför BH Highland i huvudsak att ROFAB inte uppfyller vissa i upphandlingen ställda skall-krav avseende kapacitet. BH Highland anför vidare bl.a. följande. Bolaget hade för avsikt att lämna anbud i upphandlingen men valde att avstå på grund av de skall-krav på kapacitet som ställdes i upphandlingen. När bolaget sedan såg att kontrakt hade tilldelats ROFAB trots att ROFAB inte uppfyller ställda krav avseende kapacitet såg BH Highland sig skyldiga att överklaga tilldelningsbeslutet. Bolagets förhoppning är att upphandlingen antingen görs om och att Arbetsförmedlingen håller sig till uppställda skall-krav eller att kontraktet tilldelas Yrkesakademin AB som uppfyller de i upphandlingen uppställda kraven. ROFAB:s anbud var orent och skulle som brukligt ha förkastats.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Lagen om offentlig upphandling (LOU) innehåller inga särskilda regler om vem som har rätt att överklaga en förvaltningsrätts dom i ett mål enligt lagen. De allmänna reglerna i förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, får därmed tillämpas avseende denna fråga.

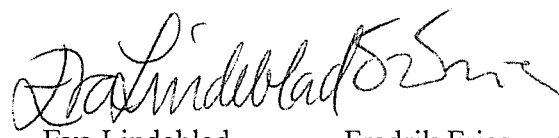
Av 33 § andra stycket FPL framgår att en förvaltningsrätts dom får överklagas av den domen angår, om domen gått honom emot.

I mål enligt LOU gäller enligt praxis som huvudregel att rätt att överklaga en förvaltningsrätts dom endast tillkommer den leverantör som har varit

sökande i förvaltningsrätten. Ett undantag från denna huvudregel avser den situationen där ursprunglig vinnande leverantörs anbud har förkastats genom förvaltningsrättens dom. I denna situation har även denne leverantör rätt att överklaga förvaltningsrättens dom till kammarrätten (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2011 ref. 29).

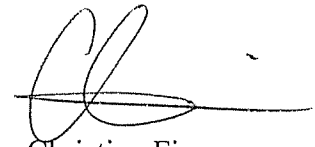
BH Highland har inte varit sökande i förvaltningsrätten och har inte heller varit ursprunglig vinnande leverantör i upphandlingen. Förvaltningsrättens dom kan inte heller på något annat sätt anses angå bolaget i den mening som avses i 33 § andra stycket FPL. Mot bakgrund härav finner kammarrätten att BH Highland saknar rätt att föra talan mot förvaltningsrättens dom. Bolagets överklagande ska därför avvisas.

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

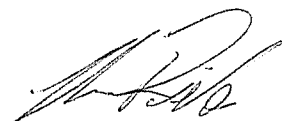


Eva Lindeblad
kammarrättsråd
ordförande

Fredrik Fries
kammarrättsråd
referent



Christian Finnerman
tf assessor



Johan Rick
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2011-11-25
Meddelad i
Stockholm

Bilaga A

Sida 1 (8)

Mål nr
21089-11
Enhet 15

SÖKANDE

YrkesAkademin AB, 556346-6233
Box 1958
791 19 Falun

MOTPART

Arbetsförmedlingen
Juridiska enheten
113 99 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 182060

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 en arbetsmarknadsutbildning för maskin- och kranförare (referensnummer Af-2011-226225). Upphandlingen genomförs genom ett annonserat förenklat förfarande. Vid Arbetsförmedlingens utvärdering har anbuden från ROFAB Maskin & Byggtutbildning AB (Rofab) och YrkesAkademin AB erhållit samma poäng för utbildningsort Hässleholm. Vinnande anbud efter lottning är Rofab för utbildningsort Hässleholm.

YRKANDEN M.M.

YrkesAkademin AB ansöker om överprövning och yrkar att Rofabs anbud förkastas. Som grund anges bl.a. följande. Rofab har missat skall-krav. Av grundkraven på maskiner och fordon enligt punkt 2.2.4 i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. att samtliga maskiner som används i utbildningen ska uppfylla kraven enligt EU steg 2 eller bättre. I Rofabs förteckning anges två stycken grävmaskiner, nr 1 (YANMAR i 50) och nr 4 (YANMAR B 25 V 2,5 ton), som endast är miljögodkända för EU steg 1. Beträffande lastmaskiner är nr 6 (VOLVO L30Z) och nr 9 (VOLVO L120) endast EU steg 1-maskiner. Eventuellt är nr 7 (VOLVO L30B) en EU steg 1-maskin, men kan vara EU steg 2-maskin eftersom EU steg 2 introducerades under år 2002. Övriga maskiner från nr 10 och uppåt uppfyller inte kravet på EU steg 2 och det har inte heller angetts i anbudet. Totalt uppfyller tre grävmaskiner och en, eventuellt två, lastmaskiner kraven. Att det skulle räcka med fyra till fem maskiner för att genomföra utbildningen är inte möjligt.

I punkt 2.3.1 i förfrågningsunderlaget anges att volymen de två senaste åren varit ca 2 450 kursdeltagarveckor (kdv) vilket i snitt motsvarar 49 deltagare och att det åligger leverantören "att hantera" minst 50 samtidiga deltagare i genomsnitt under avtalsperioden. Att klara det med tre grävma-

skiner, en till två hjullastare och ingen grävlastare är inte möjligt. Skallkraven är inte uppfyllda i Rofabs anbud.

Arbetsförmedlingen bestrider bifall till ansökan om ingripande då beslutet att sluta avtal med Rofab inte strider mot reglerna i LOU. Om rätten skulle anse att ett ingripande ska göras, anser Arbetsförmedlingen att det vore ett för stort ingrepp med alltför omfattande skadeverkningar att förordna om att upphandlingen ska göras om. Vid sådana förhållanden yrkar Arbetsförmedlingen att ingripande i första hand ska ske genom rättelse. Som grund anges bl.a. följande. YrkesAkademin AB gör gällande att Rofabs anbud bör förkastas eftersom de inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget ställda skall-krav. Arbetsförmedlingens prövning och utvärdering av Rofabs anbud har varit korrekt och har skett enligt de kriterier som angetts i anbudsinbjudan.

Arbetsförmedlingen har i kvalificeringsfasen bortsett från de fordon som inte uppfyller kraven (icke godkända) i förfrågningsunderlaget. Rofab har i sin till anbudet bilagda fordonsförteckning angett fem godkända maskiner, samt angivit att ytterligare maskiner kommer att hyras in efter behov. Arbetsförmedlingen har gjort bedömningen att den godkända utrustningen anses tillräcklig för den aktuella utbildningen.

Med kapacitet att hantera enligt punkt 2.3.1 menas förutom maskiner, lärare, lokaler, övningsområde m.m. Arbetsförmedlingen har vid sin prövning av Rofabs anbud bedömt att bolaget har kapacitet att hantera minst 50 deltagare i genomsnitt under avtalsperioden. Några uppgifter som visar något annat har heller inte framkommit.

YrkesAkademin AB medger Arbetsförmedlingens yrkande att ingripande i första hand ska ske genom rättelse och anför bl.a. följande. Arbetsförmedlingen har gjort bedömningen att både YrkesAkademin AB:s och Rofabs

anbud inte går att skilja åt och därför vidtagit lottning. I YrkesAkademin AB:s anbud finns enbart maskiner upptagna som uppfyller kraven enligt minst steg 2. Totalt finns tolv maskiner som används i "skarpt läge" i verksamheten, d.v.s. maskiner som i de flesta fall är stora, nio ton och däröver med den utrustning som krävs. I Rofabs anbud finns tydligen fem maskiner som uppfyller kraven och som är minst tre ton, merparten är minimaskiner. Att det skulle räcka att ange att ytterligare maskiner kommer att "hyras in efter behov" kan inte räcka. Varför ska man då ange maskiner överhuvudtaget? Det räcker att man skriver att man hyr in maskiner. Ingen behöver ange vad som ska hyras in. Ska Arbetsförmedlingen ha någon trovärdighet kvar och utvärdera anbud, kan det absolut inte räcka med att ange fem maskiner för 50 deltagare. Det innebär att varje deltagare får fyra timmar i veckan i maskintid. På 15 veckor har man fått köra alla olika maskiner som ingår i utbildningen i 60 timmar totalt. Uträkningen är positivt gjord eftersom 50 stycken är genomsnittet, den eller de veckor som det är 60 deltagare får man tre timmar i maskintid.

Arbetsförmedlingen bör erkänna att de vilseletts av att Rofab angett maskiner som miljömaskiner, trots att dem är steg 1 maskiner. Att anbudena ska vara likvärdiga och lottning tillgripas för att skilja anbudena åt, är för yrkesvana i branschen närmast ett skämt.

UTREDNING I MÅLET

I förfrågningsunderlaget uppges bl.a. följande.

2.2.2 Mängden maskintid – Utbildningsort Hässleholm

Anbudet skall innehålla en uppgift om mängden maskintid (deltagarens körning). Mängden maskintid kommer att variera beroende på individuell planering, ny- eller påbyggnadsutbildning och maskinslag. När denna fråga besvaras skall anbudsgivaren utgå ifrån nyutbildning på last- och grävmaskin. Svaret som anges skall vara antalet timmar per vecka som ett genomsnitt per vecka över deltagarens hela utbildningstid.

Ange mängden maskintid, timmar per vecka som ett genomsnitt över deltagarens hela utbildningstid vid nyutbildning på last- och grävmaskin.
(Linjär skala)

6,00 – 16,00 timmar

Kravgräns: 6,0

2.2.4 Maskiner och fordon – Utbildningsort Hässleholm

Anbudsgivaren **skall** erbjuda den mängd maskiner som krävs för att genomföra aktuellt uppdrag. Grundkravet är att samtliga maskiner som används i utbildningen uppfyller kraven enligt **EU steg 2 eller bättre**. Används tunga fordon i utbildningen ska dessa uppfylla kraven enligt EURO III eller bättre.

Utrustningen måste motsvara vad som krävs i "skarp" verksamhet på marknaden, därför **skall** utrustningen innehålla rotortillit på minst 50 % av leverantörens grävande maskiner samt 2 - 3 skopor, till exempel tandskopa, planeringsskopa och kabelskopa.

2.3.1 Volymen -- Utbildningsort Hässleholm

Arbetsförmedlingen garanterar 400 kursdeltagarveckor under avtalsperioden vilket motsvarar 8 deltagare i genomsnitt.

Avropade kursdeltagarveckor (kdv) under åren:

2008/2009: 1 190 kdv.

2009/2010: 2 460 kdv.

2010/2011: 2 450 kdv.

Det åligger leverantören att ha kapacitet att hantera minst 50 deltagare i genomsnitt under avtalsperioden.

Av Rofabs tabell över maskiner och fordon framgår bl.a. följande.

Maskiner

Nr	Maskintyp	Fabrikat	Årsmodell	Miljöklass
1	Grävmaskin	YANMAR i 50	2001	Miljögodkänd
2		YANMAR 55	2004	Miljögodkänd
3		YANMAR B 35	2005	Miljögodkänd
4		YANMAR B 25 V	1998	Miljögodkänd
		2,5 ton		
5		Dosan 30	2006	Miljögodkänd
6	Lastmaskin	VOLVO L30Z	1998	Miljögodkänd
7		VOLVO L30B	2002	Miljögodkänd
8		JCB 406	2007	Miljögodkänd
9		VOLVO L120	1999	Miljögodkänd

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. Likabehandlingsprincipen innebär att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller ställda krav enligt förfrågningsunderlaget. Det åligger den part som gör gällande att en upphandlande myndighet brutit mot bestämmelserna i LOU att visa vilka omständigheter som ligger till grund för sin talan.

Rofabs och YrkesAkademin AB:s anbud har vid utvärderingen erhållit samma poäng. Enligt rättspraxis måste en upphandlande myndighet allmänt sett ges en stor frihet att inom ramen för ett affärsmässigt övervägande värdera de anbud som kvalificerat sig till anbudsutvärderingen.

YrkesAkademin AB har anfört att Rofab inte uppfyller kriterierna i punkt 2.2.4 i förfrågningsunderlaget om att samtliga maskiner som används i utbildningen ska uppfylla kraven enligt EU steg 2 eller bättre. Rofab har i sitt anbud angett nio maskiner som miljöklassade. YrkesAkademin AB menar att två grävmaskiner och två lastmaskiner av dessa nio maskiner endast är miljögodkända för EU steg 1. Eventuellt är ytterligare en maskin en EU steg 1 maskin. Enligt YrkesAkademin AB är det inte möjligt att genomföra utbildningen med fyra till fem maskiner. Det kan inte räcka att uppge, så som Rofab gjort, att ytterligare maskiner kommer att hyras in efter behov.

Enligt förvaltningsrätten framgår det av det obligatoriska kravet i punkt 2.2.4. att anbudsgivaren ska erbjuda den mängd maskiner som krävs för att genomföra aktuellt uppdrag. Arbetsförmedlingen har ställt miljökrav på de maskiner som ska användas i utbildningen, men inte något krav på antal maskiner som ska användas i utbildningen. Förvaltningsrätten konstaterar att vad Rofab anfört i sitt anbud om att ytterligare maskiner kan hyras in vid behov, inte kan tillmätas någon betydelse. Arbetsförmedlingen har emellertid anfört att fem av Rofabs maskiner uppfyller uppställda miljökrav enligt förfrågningsunderlaget och den godkända utrustningen är tillräcklig för att genomföra den aktuella utbildningen. Enligt förvaltningsrätten har YrkesAkademin AB inte visat att det inte går att genomföra aktuellt uppdrag med Rofabs godkända utrustning. Invändningen i denna del utgör därför inte grund för ingripande enligt LOU.

Enligt punkten 2.3.1 i förfrågningsunderlaget åligger det leverantören att ha kapacitet att hantera minst 50 deltagare samtidigt i genomsnitt under avtalsperioden. YrkesAkademin AB menar att det inte är möjligt uppfylla det kravet med tre grävmaskiner, en till två hjullastare och ingen grävlastare. Arbetsförmedlingen har anfört att "kapacitet" enligt punkt 2.3.1 innefattar maskiner, lärare, lokaler, övningsområde m.m., och att Rofabs anbud

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

har kapacitet att hantera minst 50 deltagare i genomsnitt under avtalsperioden. Förvaltningsrätten finner att YrkesAkademin AB inte visat att Rofab inte uppfyller den efterfrågade kapaciteten enligt förfrågningsunderlaget. Anledning för ingripande enligt LOU föreligger inte heller på denna grund.

YrkesAkademin AB har även anfört att det inte kan räcka med fem maskiner för 50 deltagare då det innebär att körtiden per deltagare inte uppgår till mer än fyra timmar i genomsnitt. YrkesAkademin AB har inte, utöver detta påstående, presenterat något underlag som visar att Rofab i sitt anbud uppgett någon felaktig körtid. Något skäl för ingripande på denna grund föreligger därför inte heller enligt LOU.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det inte är visat att Arbetsförmedlingen brutit mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon gemenskapsrättslig princip på de angivna grunderna. Det saknas därmed förutsättningar för rättsligt ingripande mot upphandlingen och YrkesAkademin AB:s ansökan ska således avslås.

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


Susanne Bagge
Rådman

Föredragande har varit Anna Mörtberg.

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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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 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. 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 upphandlingen inte får avslutas, 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 undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.