

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

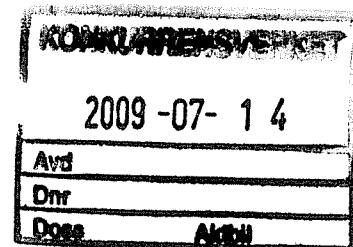
DOM
2009-07-10
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
12856-09
Rotel 551

KLAGANDE

Burgårdens utbildningscenter

Ombud:
Biträdande stadsjurist Ofelia Hendar
Juridiska enheten, Stadskansliet
Göteborgs stad
404 82 Göteborg



MOTPART

Arbetsförmedlingen
Juridiska avdelningen
113 99 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår överklagandet.

Länsrättens interimistiska beslut från den 18 juni och den 22 juni 2009
upphör därmed att gälla.

Dok.Id 443011

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

BAKGRUND

Arbetsförmedlingen har inbjudit leverantörer att lämna anbud i upphandling av arbetsmarknadsutbildning, benämnd "Restaurang- och Storhushållsutbildning", dnr AF-2008/223192. Upphandlingen genomförs som en förenklad upphandling i enlighet med bestämmelserna i 15 kap. LOU.

Genom tilldelningsbeslut, avsänt den 9 juni 2009, har Arbetsförmedlingen beslutat att anta anbud från en annan anbudsgivare än Burgårdens utbildningscenter.

YRKANDEN M.M.

Burgårdens utbildningscenter ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om såvitt den avser Göteborgsregionen. Till stöd för sin ansökan anför Burgårdens utbildningscenter i huvudsak följande. Arbetsförmedlingen har brutit mot de EG-rättsliga principerna om likabehandling och transparens genom att ta skönsmässiga och felaktiga hänsyn vid sin utvärdering. Av tilldelningsbeslutet framgår att Burgårdens utbildningscenter hade vunnit upphandlingen för det fall utvärderingen hade genomförts på ett korrekt och transparent sätt. På grund av detta lider eller riskerar Burgårdens utbildningscenter att lida skada.

Av tilldelningsbeslutets utvärderingsprotokoll framgår att Arbetsförmedlingen vid sin utvärdering tog hänsyn till "lärarnas utbildning, yrkeserfarenhet från motsvarande uppdrag och erfarenhet av målgruppen". Av den antagna leverantörens anbud framgår att en av leverantörens utbildare har genomgått kockutbildning åren 2000-2002, men det framgår inte vilket slags kockutbildning. Hans pedagogiska utbildning härrör från armén, det är dock inte närmare definierat vad som åsyftas inom denna pedagogiska utbildning. Det kan inte vara rimligt att denna skrivning i ett anbud ska

medföra att leverantören erhåller nästan full poäng för utbildad pedagog. De flesta militärer, som gör militärtjänst som befäl, genomgår någon form av pedagogisk utbildning inom armén och en sådan utbildning är inte jämförbar med en universitetsutbildning inom pedagogik. Detsamma gäller utbildaren som anges därefter i leverantörens anbud. Han tog sin lärarexamen 1950 och är i dag 75 år, dvs. pensionär sedan 10 år, och han är den enda lärarutbildade som offereras. Det är inte rimligt att hans utbildning värderas lika högt som en utbildad lärare i yrkesverksam ålder. Han har inte heller arbetat för leverantören sedan 2007, och då på konsultativ nivå i mycket begränsad omfattning. Av den antagna leverantörens anbud framgår inte något om att någon av lärarna skulle vara behörig, dvs. ha lärarkompetens. Att inneha lärarkompetens måste rimligtvis vara ett kriterium som hänför sig till begreppet utbildning och som ska medföra en lägre, respektive högre poäng i utvärderingen. Arbetsförmedlingen har således fullständigt bortsett från det förhållandet att den antagna leverantörens lärare saknar relevant utbildning. Beträffande den antagna leverantörens ledningsperson kommer dennes engagemang att endast vara på halvtid, vilket måste bedömas som negativt. Dessutom framgår inte dennes funktion som ansvarig lärare av anbudet. Sammanfattningsvis framgår det inte av den antagna leverantörens anbud att punkten 4.4 i förfrågningsunderlaget (kravet på relevant utbildning och yrkeserfarenhet) är uppfyllt. Med hänvisning till vad leverantören offererar i sitt anbud kan denne inte heller anses uppfylla vad som anges under punkten 2.4 "Personella resurser" i förfrågningsunderlaget. Arbetsförmedlingens utvärdering synes därför ha gått skönsmässigt till och anbudet från Burgårdens utbildningscenter har inte behandlats likvärdigt med anbudet från den antagna leverantören.

Utvärderingen har även genomförts skönsmässigt i den del som handlar om lärartäthet, dvs. "hur de personella resurserna fördelas under utbildningstiden med lärartäthet per deltagare och andelen lärarledda timmar per vecka". Den antagna leverantörens anbud har för denna del erhållit fem

poäng, medan Burgårdens utbildningscenter har erhållit fyra poäng. Den antagna leverantören redovisar i sitt anbud minst en lärare per 12 deltagare och en lärare per 10 deltagare för gruppen av nyanlända invandrare. Lärartätheten är dock enbart angiven till teoriavsnitten, som enligt beskrivningen omfattar upp till cirka 20 procent av tiden. Vilken lärartäthet som gäller i övrigt framgår inte.

Vidare är tolkningen av begreppen "lärare", "lärarledda timmar per vecka" samt "lärartäthet", som anges i förfrågningsunderlaget under punkten 4.3.7, oklar. En upphandlande myndighet måste redan från början, vid utformningen av förfrågningsunderlaget, ha klart för sig hur en poängsättning ska göras, dvs. vad som krävs för att få full poäng. Det är inte tillåtet att först vid utvärderingen väga anbuden mot varandra och ge det "fylligaste anbudet" högst poäng eller på något annat skönsmässigt vis göra poängsättningen. Det framgår av EG-domstolens dom C-278/01 att det krävs att förfrågningsunderlagen ska vara utformade på ett uttömmande sätt innan det offentliga upphandlingsförfarandet inleds, och de får inte ändras därefter. Av Kammarrättens i Jönköping dom den 6 september 2006, mål nr 2500-06, framgår att ett otydligt förfrågningsunderlag i fråga om utvärderingskriterierna medför att upphandlingen måste göras om. Av Kammarrättens i Göteborg dom den 18 april 2007, mål nr 6303-06, framgår att det utgör ett brott mot LOU att frångå förfrågningsunderlaget i utvärderingen.

Arbetsförmedlingen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Arbetsförmedlingen anser att förfarandet vid upphandlingen inte strider mot LOU. Förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt och transparent för att leverantörerna ska kunna skapa sig en god bild av möjligheterna att lägga konkurrenskraftiga anbud. I förfrågningsunderlaget anges under avsnitt 5 "Prövning av anbud" tydligt hur utvärderingen kommer att ske och vad som kommer att ligga till grund för bedömningen. För det fall länsrätten ändå skulle finna att det finns brister i hur förfrågningsunderlaget är

utformat vill Arbetsförmedlingen hänvisa till RÅ 2002 ref. 50, där Regeringsrätten uttalade att 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.

Burgårdens utbildningscenter har framhållit att de lärare som den antagna leverantören angivit inte är jämförbara med de som Burgården angivit vad gäller lärarkompetens. Den antagna leverantören har dock utförligt beskrivit lärarkompetensen och presenterar i sitt anbud fyra lärare för utbildningens genomförande. *Lärare 1* är utbildad kock med gesäll- och mästarbrev och censor för Gesäll- och mästarbrev. Denne lärare har cirka 40 års yrkeserfarenhet och cirka 20 års erfarenhet som uppdragsledare/yrkeslärare inom utbildningsområdet. *Lärare 2* är utbildad kock med flerårig utbildningserfarenhet inom utbildningsområdet. *Lärare 3* är utbildad kock med gesäll- och mästarbrev och censor för Gesäll- och mästarbrev. Denne lärare har lång erfarenhet både som kock och yrkeslärare inom utbildningsområdet. *Lärare 4* är utbildad servitris med flerårig utbildningserfarenhet inom utbildningsområdet. De lärare som den antagna leverantören anger i sitt anbud är således väl meriterade. Värt att notera är också att Burgårdens utbildningscenter erhållit fem poäng för lärarkompetens, medan den antagna leverantören erhållit fyra poäng. Utvärderingen av lärarkompetensen utgörs av en sammanvägning av de utvärderingskriterier som anges under punkt 5.2 "Utvärderingskriterier" i förfrågningsunderlaget. Något särskilt krav på formell lärarbehörighet har inte angivits i förfrågningsunderlaget. Burgården har vidare framhållit att en av de lärare som den antagna leverantören angivit inte skulle anses vara likvärdig med de som Burgården angivit på grund av för hög ålder. Arbetsförmedlingen ställer sig frågande till denna invändning, som snarast skulle leda till ett förfarande som påminner om en otillåten särbehandling på grund av ålder. I förfrågningsunderlaget anges inte heller att lärarnas ålder ska påverka bedömningen av lärarkompetensen.

Arbetsförmedlingen bestrider påståendet att kriteriet "lärartäthet" skulle vara oklart angivet i förfrågningsunderlaget. Såväl den antagna leverantören som Burgården lämnar i sina anbud likartade uppgifter om lärartätheten, vilka också överensstämmer med förfrågningsunderlagets begäran om lärartäthet. Arbetsförmedlingen kan således inte se att innebörden av "lärartäthet" har tolkats olika av de två anbudsgivarna. Begreppen kan i vart fall inte framstå som så oklara att Arbetsförmedlingen, genom att ange dessa i förfrågningsunderlaget och tillämpa dessa i utvärderingen, kan anses ha genomfört upphandlingen i strid med principerna i LOU. Arbetsförmedlingen kan inte se annat än att Burgårdens utbildningscenter uttryckligen redovisat en lägre lärartäthet och därav erhållit ett lägre betyg. Arbetsförmedlingen har utvärderat anbuden utifrån de utvärderingskriterier som uttryckligen angivits i förfrågningsunderlaget. Arbetsförmedlingen har således följt de uppsatta principerna för upphandlingen och har genomfört upphandlingen i enlighet med LOU.

Burgårdens utbildningscenter anför därefter bl.a. följande. Arbetsförmedlingen har inte kommenterat påpekandet om att den har räknat in ledningspersonens kompetens som lärare, trots att det inte framgår att personen ifråga verkligen kommer att vara verksam som lärare. Att ansvara övergripande kan knappast jämföras med att vara verksam som lärare. Den administrativa ledningsfunktionens lärarkompetens anges inte vara ett utvärderingskriterium. Arbetsförmedlingen har inte heller bemött huruvida det är relevant att värdera en lärarresurs på samma villkor, trots att personen inte är anställd sedan 2007 och enbart kommer att medverka som konsult i mycket begränsad omfattning. Burgården vill vidare understryka att begreppet "lärartäthet" är oklart enligt Arbetsförmedlingens tolkning. En fråga är till exempel huruvida det är möjligt att räkna in vilken resursperson som helst i underlaget för definitionen av "tjänst" som den antagna leverantören anger i sitt anbud. Den antagna leverantörens anbud beskriver

företagets allmänna policy och arbetssätt över landet. Arbetsförmedlingen har vägt in detta i sin bedömning, utan att värdera förutsättningarna för att leverantören uppfyller kraven på lärarkompetens med avseende på Göteborg. En skönsässig bedömning kan därför anses gjord. Sammanfattningsvis har upphandlingen inte genomförts i enlighet med principerna om transparens och likabehandling.

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.

I 16 kap. 2 § LOU föreskrivs att om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av handlingarna i målet framgår bl.a. följande.

I Arbetsförmedlingens förfrågningsunderlag, daterat den 26 januari 2009, anges under punkten 4.3 ”Redovisning av innehåll, upplägg och genomförande” bl.a. följande.

Anbudet **skall** innehålla följande redovisning:

.....

7. En beskrivning av hur de personella resurserna fördelas under utbildningstiden med lärartäthet per deltagare och andelen lärarledda timmar per vecka.

Vidare anges i förfrågningsunderlaget, under punkten 4.4 ”Lärarkompetens” bl.a. följande.

Lärare för den teoretiska undervisningen förutsätts att ha utbildning och yrkeserfarenhet som är relevant för respektive undervisningsämne samt ha erfarenhet av undervisning, gärna med erfarenhet av målgruppen.

Anbudet **skall** innehålla:

- a) en presentation av utbildningsansvarige och en utförlig beskrivning i vilken egenkap denne aktivt medverkar i utbildningen och omfattning av medverkan,
- b) en presentation av övriga lärare med meritförteckning samt uppgift om deras undervisningsämne och aktiva medverkan i utbildningen.

I samma förfrågningsunderlag anges under avsnitt 5 ”Prövning av anbud” bl.a. följande.

5.1 Beräkningsgrunder

Arbetsförmedlingen kommer att anta det anbud som uppfyller samtliga **skall-krav** och får högst sammanlagd poäng vid prövningen utifrån utvärderingskriterierna.

.....

5.2 Utvärderingskriterier

Innehåll och genomförande (4.3)

Vid bedömningen kommer hänsyn att tas till:

.....

2. Hur de personella resurserna fördelas under utbildningstiden med lärartäthet per deltagare och andelen lärarledda timmar per vecka. **(10 %)**

.....

Lärarkompetens (4.4)

(20 procent)

Vid bedömningen kommer hänsyn att tas till lärarnas utbildning, yrkeserfarenhet från motsvarande uppdrag och erfarenhet av målgruppen.

Länsrätten gör följande bedömning.

Utformningen av förfrågningsunderlaget

I kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Burgårdens utbildningscenter har anfört att begreppen ”lärartäthet” och ”lärarledda timmar per vecka”, som anges under punkten 4.3 i förfrågningsunderlaget, är oklart angivna. Såsom Arbetsförmedlingen har påpekat har dock Burgårdens utbildningscenter och den antagna leverantören i sina anbud lämnat likartade uppgifter beträffande denna punkt. Enligt länsrättens mening kan varken begreppet ”lärartäthet” eller begreppet ”lärarledda timmar per vecka” anses så oklara att Arbetsförmedlingen, genom att ange dessa i förfrågningsunderlaget och tillämpa dessa i utvärderingen, kan anses ha genomfört upphandlingen i strid med principerna i LOU. Länsrätten finner således att det inte föreligger skäl för att, med stöd av 16 kap. 2 § LOU, besluta att upphandlingen ska göras om på denna grund.

Utvärderingen av anbuden

Länsrätten noterar att det inte är länsrättens uppgift att göra en ny utvärdering. Länsrättens prövning utgör i stället en kontroll av om det på grundval av de klagomål som sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 2 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot LOU.

Burgårdens utbildningscenter har anfört att Arbetsförmedlingens utvärdering har genomförts skönsmässigt samt att den strider mot LOU:s principer om likabehandling och transparens. Till stöd härför har Burgårdens utbildningscenter bl.a. anfört att de lärare som den antagna leverantören redovisar i sitt anbud har en bristfällig pedagogisk utbildning samt att ingen av lärarna är behörig, dvs. innehar lärarkompetens. Av den antagna leverantörens anbud framgår inte heller den utbildningsansvariges engagemang eller att denne kommer att vara verksam som lärare. Dessutom kommer den utbildningsansvarige endast att arbeta halvtid. Det framgår således inte av den antagna leverantörens anbud att kraven på relevant utbildning och yrkeserfarenhet, som anges under punkten 4.4 i förfrågningsunderlaget, samt att kraven på ”Personella resurser” som anges under punkten 2.4 i förfrågningsunderlaget, är uppfyllda.

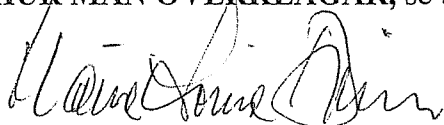
Av Arbetsförmedlingens förfrågningsunderlag framgår under punkten 5.2 ”Utvärderingskriterier” att Arbetsförmedlingen vid sin utvärdering kommer att ta hänsyn till ”lärarnas utbildning, yrkeserfarenhet från motsvarande uppdrag och erfarenhet av målgruppen”. Det anges således inte i förfrågningsunderlaget att hänsyn kommer att tas till huruvida lärarna innehar formell lärarbehörighet. Något krav på att lärarna ska inneha formell lärarbehörighet anges inte heller i skall-kraven under punkten 4.4 i förfrågningsunderlaget. I den antagna leverantörens anbud i bilaga 7 ”Lärarkompetens”, under rubriken ”Göteborg Utbildningsansvarig”, anges en beskrivning av den utbildningsansvariges erfarenhet samt uppgift om att denne kommer att vara engagerad i uppdraget 50 procent under hela utbildningstiden. Under rubriken ”Undervisningsämne” anges ”Samtliga ämnen”. Enligt länsrättens mening framgår härmed av den antagna leverantörens anbud såväl den utbildningsansvariges erfarenhet, engagemang och omfattning av medverkan i utbildningen. Länsrätten noterar vidare att Burgårdens utbildningscenter erhållit ett högre betyg än den antagna leverantören vid utvärderingen av kriteriet ”lärarkompetens”.

Sammanfattningsvis finner länsrätten att det framgår av den antagna leverantörens anbud att såväl kraven på ”Personella resurser”, som anges i förfrågningsunderlagets punkt 2.4, samt kraven på relevant utbildning och yrkeserfarenhet, som anges i förfrågningsunderlagets punkt 4.4, är uppfyllda. Länsrätten finner vidare att det inte visats att Arbetsförmedlingen, genom att ge den antagna leverantören betyget 4 för kriteriet ”lärarkompetens”, kan anses ha brutit mot principerna om likabehandling eller transparens eller någon annan bestämmelse i LOU.

Burgårdens utbildningscenter har vidare anfört att utvärderingen har genomförts skönsmässigt i den del som handlar om ”lärartäthet”, dvs. ”Hur de personella resurserna fördelas under utbildningstiden med lärartäthet per deltagare och andelen lärarledda timmar per vecka” (punkten 5.2.2 i förfrågningsunderlaget). Av den antagna leverantörens anbud framgår bl.a. att lärartätheten kommer att vara ”minst en lärartjänst på heltid per 12 deltagare under teoriavsnitten” samt att leverantören räknar med att lärartätheten för målgruppen nyanlända invandrare kommer att vara ”en lärartjänst per 10 deltagare”. Vidare framgår att 40 timmar i veckan kommer att vara lärarledda. Av Burgårdens utbildningscenters anbud framgår att lärartätheten ”är beräknad 1:1 för en gruppstorlek på 16 personer”, av ”veckans 40 utbildningstimmar är 30 timmar lärarledd tid” samt att ”10 timmar är projektstudier med tillgång till handledning”. Av Arbetsförmedlingens tilldelningsbeslut framgår att den antagna leverantören på denna punkt erhållit betyget 5, medan Burgårdens utbildningscenter erhållit betyget 4. Enligt länsrättens mening kan Arbetsförmedlingens utvärdering i denna del inte anses innebära att Arbetsförmedlingen brutit mot någon av principerna om likabehandling eller transparens eller någon annan bestämmelse i LOU.

Sammanfattningsvis finner länsrätten att grund för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU saknas. Burgårdens utbildningscenters ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Marie-Louise Diurson
chefsrådman

Föredragande har varit Alexandra Källkvist.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

