



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2011-11-03
 Meddelad i Stockholm

Mål nr
 18036-11
 Enhet 12

SÖKANDE

Anpassa Skandinavisk Rehabilitering AB, 556637-6579

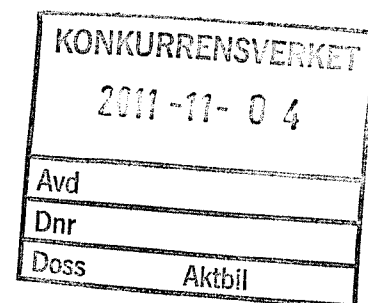
Ombud: Advokat Nicklas Hansson
 MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
 Box 226
 201 22 Malmö

MOTPART

Arbetsförmedlingen
 Juridiska enheten
 113 99 Stockholm

SAKEN

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



DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om vad beträffar leveransorterna Helsingborg, Lund, Malmö och Trelleborg.

Dok.Id 167284

Postadress
 115 76 Stockholm

Besöksadress
 Tegeluddsvägen 1

Telefon
 08-561 680 00

E-post:
 forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
 08-561 680 01

Expeditionstid
 måndag – fredag
 09:00-15:00

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Arbetsförmedlingen har genomfört en riksomfattande upphandling avseende flexibla anpassningsmoduler, dnr Af-2011/127568. Upphandlingen har genomförts genom ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU, där de anbud som bedöms vara de ekonomiskt mest fördelaktiga ska antas. Enligt en underrättelse den 31 augusti 2011 avser Arbetsförmedlingen att sluta avtal med andra leverantörer än Anpassa Skandinavisk Rehabilitering AB (Anpassa) såvitt avser leveransorterna Helsingborg, Lund, Malmö och Trelleborg. Arbetsförmedlingen har upplyst förvaltningsrätten att beslut att inledda upphandlingen fattades efter den 15 juli 2010.

Anpassa ansöker om överprövning av den aktuella upphandlingen såvitt avser leveransorterna Helsingborg, Lund, Malmö och Trelleborg och yrkar att upphandlingen i dessa delar ska göras om. Anpassa anför i huvudsak följande.

Arbetsförmedlingens utvärdering av anbudsgivarnas presentation av hur uppgivna utvärderingskriterium är tänkta att uppnås har föranlett att nio av sexton anbud har erhållit högsta betyget avseende alla tre utvärderingskriterier. Anpassa, som är befintlig leverantör av nu upphandlade tjänster, har lämnat ett av de nio anbud som erhållit högsta poäng i samtliga utvärderingskriterier. Eftersom det på 36 av 58 leveransorter funnits flera anbud med högsta poäng har Arbetsförmedlingen tillämpat lottningsförfarande i syfte att utse vinnande anbud på respektive leveransort. Anpassa, som erhållit högsta utvärderingspoäng och därför beaktats i lottdragningen, har inte erhållit något uppdrag då man inte vunnit lottdragningen avseende någon av de leveransorter man lämnat anbud på. Det ska särskilt noteras att anbudsgivarna Cavella AB, Pomona Balance AB, Pomona Ledarskap AB och Pomona Assistans AB, som tillsammans tilldelats uppdrag för nitton leveransorter, tillhör samma koncern. Dessa fyra anbudsgivare har lämnat i princip identiska anbud. Av dessa leverantörers anbud framgår att Pomo-

nagruppen består av fyra företag; Pomona Balance AB med dotterbolaget Cavella AB samt systerföretagen Pomona Ledarskap AB och Pomona Assistent AB. Noterbart är att samtliga anbudsgivare har använt sig av Cavella AB:s referensuppdrag i sin beskrivning av bedriven verksamhet samt att samarbetsavtal mellan Cavella AB och vart och ett av övriga bolag har getts in i upphandlingen. Enligt dessa samarbetsavtal ställer Cavella AB sina resurser till förfogande till respektive bolag i Pomonagruppen, för det fall något av dessa bolag skulle vinna upphandlingen.

Upphandlingen har genomförts i strid med den grundläggande principen om att all offentlig upphandling ska ske i konkurrens. Vidare kan den av Arbetsförmedlingen tillämpade utvärderingsmodellen inte användas i syfte att utse det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I praktiken har Arbetsförmedlingen anordnat ett lotteri. De utvärderingskriterier som använts i upphandlingen har varit alltför oprecisa. Endast den omständigheten att nio av sexton anbud erhållit högsta poäng i de tre utvärderingskriterierna visar att modellen inte kan tillämpas. Sistnämnda i synnerhet då pris – som normalt sett är en avgörande faktor i bedömning av ekonomiskt mest fördelaktigt – inte har beaktats. Det är inte otillåtet att upphandla med tillämpning av på förhand bestämda priser. Modellen förutsätter dock en mycket precis utvärderingsmodell i syfte att utröna vilket anbud som ”fyller ut” det givna priset med det bästa innehållet. Den av Arbetsförmedlingen tillämpade utvärderingsmodellen kan inte användas i detta syfte. Det har redan på förhand stått klart för såväl Arbetsförmedlingen som anbudsgivarna att ett flertal av anbudsgivarna skulle komma att erhålla högsta betyg i samtliga utvärderingskriterier. Bara förekomsten av omständigheten, att strategiska anbud kan läggas av olika juridiska personer med den egentliga avsikten att endast en av dessa ska utföra de upphandlade tjänsterna i syfte att få en bättre position i en kommande lottdragning, är tillräcklig för att konstatera att upphandlingens genomförande står i strid med principerna som ligger till grund för LOU. Det har i upphandlingen inte förekommit någon reell

konkurrens. Anbudsgivarna har inte fått konkurrera med kvaliteten i sina respektive tjänster. Det har således från början varit fråga om ett rent lotteri. Det torde under alla omständigheter vara i strid med likabehandlingsprincipen att tillåta en utförare av aktuella tjänster (Cavella AB) att genom samarbeten med andra juridiska personer erhålla en väsentligt bättre möjlighet för tilldelning än övriga anbudsgivare. Det är inte förenligt med principen om att upphandling ska ske i konkurrens för att uppnå bästa möjliga utnyttjande av allmänna medel att tilldela uppdrag på det sätt Arbetsförmedlingen gjort. Förfarandet är i sig otillåtet och i synnerhet med beaktande av att anbudsgivare genom att åberopa samarbeten kan inge flertalet anbud i olika namn men med samma utförare i syfte att få en bättre position i lotteriet.

Anpassa har lidit skada eller kan i vart fall komma att lida skada då tilldelning av uppdragen skett slumpmässigt och Anpassa inte har tilldelats något uppdrag.

Arbetsförmedlingen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Om anbudsgivaren åberopar kapacitet hos underleverantör ska anbudsgivaren i anbudet visa att denne verkligen förfogar över underleverantörens kapacitet under avtalstiden, till exempel genom att till anbudet bifoga samarbetsavtal eller liknande. Pomona Balance AB, Pomona Ledarskap AB och Pomona Assistans AB har genom sina bekräftelser i sina respektive anbud uppfyllt kraven på personell kompetens. Genom att till sina anbud åberopa kapacitet hos underleverantör i enlighet med 3.10. förfrågningsunderlaget har dessa bolag visat att de med hjälp av underleverantör har kapacitet att leverera tjänsten avseende kravet på personella resurser och personell kompetens.

Pomona Balance AB, Pomona Ledarskap AB och Pomona Assisteans AB är skilda bolag och ska som Arbetsförmedlingen gjort i upphandlingshänseen-

de behandlas som skilda anbudsgivare/leverantörer. Den kapacitet m.m. som varje anbudsgivare erbjuder i sitt anbud ska också vid tjänstens utförande kunna tillhandahållas. Arbetsförmedlingen kan vid en upphandling inte utesluta någon anbudsgivare på grund av nära koppling till ett annat anbudsgivande bolag eller att de anger huvudsakligen samma kapacitet.

Arbetsförmedlingens utvärderingsmodell frångår inte likabehandlingsprincipen. Av förfrågningsunderlaget avsnitt 5.2. framgår att om två anbud erhåller samma poäng och anbuden inte går att skilja åt kommer Arbetsförmedlingen att tillämpa lottning. Lottning av anbud har av Regeringsrätten ansetts vara förenlig med LOU om anbud inte går att särskilja på något annat vis. Arbetsförmedlingen har inte genom det valda upphandlingsförfarandet agerat i strid eller mot någon bestämmelse i LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. 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.

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.

Utredningen i målet

I det i målet aktuella förfrågningsunderlaget anges under punkt 1.1. att förfrågningsunderlaget avser 58 separata upphandlingar, att Arbetsförmedlingen har för avsikt att teckna avtal med en leverantör per leveransort och

att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för varje leveransort kommer att antas.

I förfrågningsunderlaget anges under punkten 2.1. Tjänstens innehåll A)

Förberedande insatser följande.

Innehållet styrs av deltagarens individuella mål. De förberedande insatserna är korta och väl avgränsade. Insatserna påbörjas innan en deltagare påbörjar en planerad utbildning eller anställning. Normal genomförandetid för en insats är 1-8 deltagarveckor. Insatsen genomförs enskilt med utgångspunkt i deltagarens behov och avropas i form av deltagarveckor. Eftersom deltagaren har målet utbildning eller anställning utformas tiden för förberedande insatser och genomförandet på ett sådant sätt att denne med kortast möjliga insats kan påbörja planerad utbildning/anställning så fort som möjligt. Arbetsförmedlingen vill att de förberedande insatserna utförs i nära samarbete med tilltänkt utbildnings-/arbetsplats. Den förberedande insatsen består av följande moment.

Analys av utbildning och utbildnings-/arbetsplats:

- utbildningens mål
 - krav på förkunskaper
 - utbildningsmateriel
 - ergonomisk-, pedagogisk och teknisk miljö
 - utrustning och verktyg
 - utformning av lokaler
 - anpassning av läromedel eller arbetsmateriel
 - underlag till Arbetsförmedlingen för anvisning och/eller anskaffning av hjälpmedel
- Bedömning av individens förutsättningar avseende:
- deltagarens förkunskaper
 - analys av inlärningsstil, individuell studiestrategi och teknik
 - erfarenhet av kompenserande hjälpmedel
 - grundläggande datorkunskap
 - behov av tekniskt stöd
 - utprovning och träning med kompenserande hjälpmedel

I förfrågningsunderlaget anges under punkten 2.1. Tjänstens innehåll B)

Enskild individuell följande.

Avropas under pågående arbetsmarknadsutbildning alternativt i samband med anställning. Avrop görs i form av konsulttimmar. Det är mycket viktigt att det pedagogiska stödet utformas på ett sådant sätt att deltagaren parallellt kan tillgodogöra sig strategier och tekniker för att själv kunna kompensera sin funktionsnedsättning. Stödet utformas på ett sådant sätt att behovet av stödtimmar under insatsen successivt minskar enligt uppgjord individuell handlingsplan.

Stöd under pågående arbetsmarknadsutbildning alternativt inför anställning:

- installation och driftsättning av hjälpmedel
- pedagogiskt stöd till deltagaren
- ergonomisk anpassning
- support till lärare/arbetsledare och omgivning
- teknisk anpassning avseende lärande- eller arbetsmiljö
- teknisk support

I förfrågningsunderlaget anges under punkten 5.1 Utvärderingskriterier följande.

De utvärderingskriterier som tillämpas i denna upphandling är:

1. *Hur* väl anbudsgivaren genomför A) Förberedande insatser på ett individanpassat och flexibelt sätt (vikt 40 procent)
2. *Hur* väl anbudsgivaren genomför B) Enskild individuell insats, det vill säga anpassar insatserna för deltagaren på plats på den pågående utbildningen/ anställningen (vikt 30 procent)
3. *Hur* anbudsgivaren arbetar med metoder för att den enskilda deltagaren kan tillgodogöra sig strategier och tekniker för att själv kunna kompensera sin funktionsnedsättning så att behovet av stöd successivt kan minska (vikt 30 procent)

I förfrågningsunderlaget anges under punkten 5.2. Beräkningsgrunder i huvudsak följande.

De angivna leveransorterna 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. Poäng erhålls genom multiplicering av betyget med den för kriteriet aktuella viktningen. Av detta följer att ett anbud kan få maximalt 100 poäng. Vid lika poäng vinner det anbud som har högst poäng på det kriterium som är högst viktat. Om anbud även där har lika poäng kommer lottning att ske.

Utvärdering av kriterierna 1, 2 och 3 i omedelbart föregående avsnitt sker med en fyrgradig linjärskala enligt följande:

Betyg 3 ger 100 procent av viktningens värde i poäng för anbud som för det aktuella kriteriet mycket väl, tydligt och målinriktat motsvarar det som efterfrågas i förfrågningsunderlaget, och därmed redovisar en tjänst som leder till att det övergripande målet uppnås.

Betyg 2 ger 67 procent av viktningens värde i poäng för anbud som för det aktuella kriteriet inte fullt ut motsvarar det som efterfrågas i förfrågningsunderlaget och därmed inte fullt ut redovisar en tjänst som leder till att det övergripande målet uppnås.

Betyg 1 ger 33 procent av viktningens värde i poäng för anbud som för det aktuella kriteriet i mindre utsträckning motsvarar det som efterfrågas i förfrågningsunderlaget och därmed i en mindre utsträckning redovisar en tjänst som leder till att det övergripande målet uppnås.

Betyg 0 ger 0 procent av viktningens värde i poäng i för anbud som för det aktuella kriteriet inte motsvarar det som efterfrågas i förfrågningsunderlaget och därmed inte har en tjänst som leder till att det övergripande målet uppnås, eller där informationen är så knapphändig att en bedömning inte kunnat göras.

I förfrågningsunderlaget anges under punkten 6.3. bl.a. att det för tjänsten utgår en fast ersättning om 6 000 kr, exklusive moms, per deltagare och vecka samt 950 kr, exklusive moms, per konsulttimme.

I bilaga 2 och 3 till tilldelningsbeslutet anges bl.a. följande.

Helsingborg – sju av åtta leverantörer har erhållit 100 poäng. Pomona Balance AB har genom lottningsförfarande erhållit uppdrag för denna leveransort.

Lund – sju av åtta leverantörer har erhållit 100 poäng. Iris Hadar AB har genom lottningsförfarande erhållit uppdrag för denna leveransort.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

Malmö – sju av nio leverantörer har erhållit 100 poäng. Cavella AB har genom lottningsförfarande erhållit uppdrag för denna leveransort.
Trelleborg – samtliga tre leverantörer har erhållit 100 poäng. Furuboda Kursgård & Rehab centrum har genom lottningsförfarande erhållit uppdrag.

I bilaga 3 till tilldelningsbeslutet, anges följande.

Vid utvärderingen av anbud avseende vissa leveransorter har två eller fler anbudslämnare erhållit samma poäng. Enligt förfrågningsunderlaget ska avtal tecknas med endast en leverantör per leveransort och Arbetsförmedlingen har därför beslutat tillgripa lottning för att skilja anbudsgivarna åt.

Förvaltningsrättens bedömning

Av förfrågningsunderlaget framgår att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas. Vidare framgår att lottning kan komma att ske om anbud får lika poäng. Vid utvärderingen av anbud för de aktuella leveransorterna har samtliga eller nästan samtliga anbud givits full poäng varvid lottning skett för att utse det anbud som ska antas för respektive leveransort. Anpassa har erhållit full poäng avseende aktuella leveransorter, men dess anbud har inte antagits för någon av orterna.

Det finns inte någon reglering som särskilt tar sikte på vilket anbud som ska antas när mer än ett anbud givits full poäng vid kvalificering av anbudslämnande leverantörer. Lottning mellan de olika anbuderna har bedömts vara en objektiv metod för att utse det vinnande anbudet (se RÅ 2009 ref. 60). De grundläggande principer som uttrycks i 1 kap. 9 § lagen LOU måste emellertid alltid följas. Enligt bestämmelsen ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingarna på ett öppet sätt.

I den i målet aktuella utvärderingsmodellen ställs tre kriterier upp som anbudsgivarna ska beskriva och utifrån dessa bli poängsatta. Det första kriteriet anges vara hur väl anbudsgivaren genomför beskrivna förberedande insatser på ett individanpassat och flexibelt sätt (vikt 40 procent), det andra kriteriet anges vara hur väl anbudsgivaren genomför enskild individuell

insats, det vill säga anpassar insatserna för deltagaren på plats på den pågående utbildningen/anställningen (vikt 30 procent). Det tredje kriteriet som anbudsgivarna ska beskriva är hur anbudsgivaren arbetar med metoder för att den enskilde deltagaren ska kunna tillgodogöra sig strategier och tekniker för att själv kunna kompensera sin funktionsnedsättning så att behovet av stöd successivt kan minska (vikt 30 procent). Priset är däremot fast och inte föremål för utvärdering.

Förvaltningsrätten anser att utvärderingsmodellen som den är beskriven i förfrågningsunderlaget i sig inte kan anses bristfällig i den mening som avses i LOU. När samtliga, eller flertalet leverantörer, erhåller maximal poäng kan den valda modellen emellertid inte anses lämplig. Genom att använda utvärderingsmodellen kan inte säkerställas att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Förvaltningsrätten anser därmed inte att förfrågningsunderlaget uppfyller gemenskapsrättens krav på transparens och förutsebarhet. Vid detta förhållande och då bristerna i förfarandet har inneburit en sådan skada eller risk för skada som avses i 16 kap. 5 § LOU föreligger skäl för ingripande enligt samma lag. Då bristerna är att hänföra till förfrågningsunderlaget ska upphandlingen därför göras om vad beträffar de berörda leveransorterna Helsingborg, Lund, Malmö och Trelleborg.

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


Göran Wickström
rådman

Föredragande har varit Elisabeth Larsson.



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