



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen
Enhet 14

DOM
2013-11-12
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
20964-13

SÖKANDE

Merit Utbildning Malmö AB, 556717-4817
Box 18130
200 32 Malmö

MOTPART

Arbetsförmedlingen
Juridiska avdelningen
113 99 Stockholm

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 410688

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		

YRKANDEN M.M.

Arbetsförmedlingen genomför som förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, en upphandling av ramavtal för grundläggande moduler för föreberedande insatser och utbildning. En av de anbudsgivare som uppfyllt kvalificeringskraven är Merit Utbildning Malmö AB (Merit). I tilldelningsbeslut den 21 augusti 2013 jämte bilagor framgår att Merit lämnat anbud på bland annat leveransorterna Ystad och Trelleborg, där de i båda fallen kommit på tredje plats efter Humanus Utbildning Syd AB (Humanus) och Radix AB (Radix).

Merit yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om på leveransorterna Ystad och Trelleborg och i andra hand att den ska rättas på orterna Ystad och Trelleborg så att anbud med oseriöst satta priser förkastas. Till stöd härför anför Merit bl.a. följande. Klienterna i tjänsterna som det är fråga om i denna upphandling behöver via anpassad pedagogik och språkstöd förbereda sig inför arbete eller andra åtgärder. Detta ställer stora krav på leverantörens individualisering och anpassningar. I kommunikationen i ”Frågor och svar” uttryckte anbudslämnare oro över att företag skulle kunna vinna upphandlingen genom att ange priser som var så låga att de inte skulle kunna svara mot kraven som ställs på den upphandlade tjänsten. Bland annat uttrycktes risk för att anbudsgivare skulle sätta priset till 1 500 kr per kursdeltagarvecka (kdv) eftersom man då vid fulla kvalitetspoäng kommer att få utvärderingspriset 0 kr, samt framfördes det att prisnivån vid efterfrågad kvalitet och personaltäthet kommer ligga på minst 1 800 – 2 000 kr/kdv. Arbetsförmedlingen svarade bl.a. att de hoppas och tror att alla anbudsgivare är kvalitetsmedvetna; att det alltid finns risker för prisdumpning vilket är något som Arbetsförmedlingen ser allvarligt på; att Arbetsförmedlingen i det läget kan begära förtydligande för att det ska bevisas att det låga anbudet är seriöst; att den som inte uppfyller avtalade villkor riskerar hävning av avtalet; att det teoretiskt sett kan uppstå ”noll-anbud” som offererar 1 500 kr/kdv och får maximala 1 500 kr som avdrag för kvalitetspoäng på ut-

värderingspriset; att ett allt för lågt anbud kommer att betraktas som oseriöst och löpa stor risk att förkastas och att varje enskilt anbud kommer att bedömas i förhållande till ställda krav. Merit anser att detta kan tolkas som 1) att anbud med så låga priser som 1 500 kr/kdv kommer att förkastas, eller 2) att anbud under 1 800 kr/kdv kommer att förkastas, eller 3) att anbud som innebär ekonomisk förlust för anbudsgivaren kommer att förkastas. Alla dessa tolkningar är rimliga, vilket bör vara utgångspunkt vid bedömningen om upphandlingen varit transparent. Frågor och svar är en del av Arbetsförmedlingens upphandlingsverktyg och avser att förtydliga förfrågningsunderlaget. Även Frågor och svar måste därför vara transparenta. Efter anbudsinslämningen fick Merit och andra anbudsgivare begäran om förklaring av onormalt lågt pris. Arbetsförmedlingens frågor och uträkningar bekräftar att tolkning 1) eller 2) enligt ovan varit rimlig. Merits offererade priser låg mellan 2 088 kr/kdv och 2 249 kr/kdv. Merit har förklarat detta med lokalt lägre löner. Utifrån rimliga antaganden om lönenivåer och andra kostnader borde offererade priser under 1 800 kr/kdv inte gå att förklara. Arbetsförmedlingen har godkänt anbud med priser på 1 500 kr/kdv och andra priser som är så låga att uppdraget inte kan genomföras utan ekonomiskt förlust utifrån alla rimliga beräkningar. Merit har inte fått ta del av konkurrenternas förklaringar. Humanus har tidigare behövt lägga ner upphandlat uppdrag som de inte haft kapacitet att genomföra. Radix har under de senaste tre åren gjort ekonomiska förluster, senaste året med över en miljon kr på en total omsättning på drygt 3 miljoner kr. I Trelleborg och Ystad hade Merit vunnit om deras anbud under 1 800 kr/kdv hade förkastats.

Arbetsförmedlingen motsätter sig ingripande enligt LOU och anför bl.a. följande. Arbetsförmedlingen har inte fastslagit i Frågor och svar att anbud under ett visst belopp kommer att förkastas. Det framgår klart i förfrågningsunderlaget att upphandlingen inte sker inom något ”prisspann”. På grund av den låga prissättning som förekommit på senare tid i Arbetsförmedlingens upphandlingar, med allt lägre kvalitet som följd, har Arbets-

förmedlingen genom hela upphandlingen påtalat kvalitetskraven och att dessa bör påverka anbudsgivarens kalkylering. Något lägsta godtagbara pris har inte angetts någonstans. Frågor och svar förekommer i de flesta upphandlingar. Konkurrensverket har framhållit att det kan finnas godtagbara skäl till låga anbudspriser, och att ett anbud inte behöver förkastas för att andra anbudsgivare inte kan utnyttja samma konkurrensfördel. Ifall ett företag säljer till underpris för att etablera sig på en viss marknad kan deras anbud inte förkastas om de bedöms klara av att sälja till underpris.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Arbetsförmedlingen har genomfört upphandlingen som ett förenklat förfarande. Detta har man haft rätt att göra eftersom undervisning och yrkesutbildning är en så kallad B-tjänst, se 1 kap. 2 § andra stycket LOU samt punkten 24 i bilaga 3 till LOU. Tillämplig lagstiftning är därför i första hand 15 kap. LOU och de paragrafer som anges i 15 kap. 2 § LOU, bl.a. hela första och sextonde kapitlet.

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, enligt samma paragraf, principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Att utvärdera och anta ett anbud som inte uppfyller skall-kraven strider mot lika-behandlingsprincipen, jfr EU-domstolens avgörande C-243/89, *Stora Bält*.

Av 16 kap. 6 § LOU följer att 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.

I målet är ostridigt att Arbetsförmedlingen har rätt att ge publika svar, dvs. som kan läsas av alla anbudsgivare, på publika frågor från anbudsgivare. Detta görs ofta genom funktionen ”Frågor och svar” i det internetbaserade upphandlingsverktyget TendSign, och godtas i praxis i offentlig upphandling, jfr dom av Kammarrätten i Jönköping den 2 september 2013, mål nr 1245-13. Förvaltningsrätten instämmer i Merits ståndpunkt att Frågor och svar måste ses som ett tillägg till förfrågningsunderlaget och därmed måste präglas av samma transparens från myndighetens sida som det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Merit anser att, i detta fall, sådan transparens inte är uppfylld av Arbetsförmedlingen.

I de publika svar från Arbetsförmedlingens sida som Merit refererar till har dock Arbetsförmedlingen inte någonstans angett att det finns en bestämd prisgräns under vilken man kommer att förkasta anbuden. Det är frågeställarna som undrar om en sådan prisgräns finns, men Arbetsförmedlingen anger ingen prisgräns och svarar inte bekräftande på frågorna om en sådan prisgräns. Inte heller anger Arbetsförmedlingen att man kommer att förkasta anbud som kan antas gå med förlust. Ingen av de tre tolkningar som Merit har angett i sin ansökan har täckning i ordalydelsen av Arbetsförmedlingen publika svar. Vad som framgår är att Arbetsförmedlingen avser att begagna sig av rätten att begära förklaringar på anbud som man finner onormalt låga.

Arbetsförmedlingen har dock, enligt förvaltningsrättens mening, ingen skyldighet att göra så. I 15 kap. 17 § LOU, som är tillämplig på förenklade förfaranden som i detta fall, anges att en upphandlande myndighet får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbud får dock, enligt samma paragraf, förkastas först sedan myndigheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och fått tillfredsställande svar. Paragrafen utsäger ingen skyldighet att förkasta ett anbud som bedöms som onormalt lågt.

Även om EU-direktivet 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EU-direktivet) inte är direkt tillämpligt på förenklade förfaranden, utgör EU-rätten och dess praxis ett ramverk som är till hjälp för tolkning av LOU även vid förenklade förfaranden. I EU-domstolens avgörande C-599/10, *Najvyšší sud Slovenskej republiky* fastslogs att artikel 55 i EU-direktivet ska tolkas så att den innebär ett krav på att det i nationell lagstiftning införs en bestämmelse vari föreskrivs att för det fall en anbudssökande erbjuder ett onormalt lågt pris, ska myndigheten skriftligen begära att denne förtydligar sitt priserbjudande. Det ska således finnas en paragraf som ger den vars anbud riskerar att förkastas en möjlighet att lämna en förklaring, och inget anbud får förkastas på grund av att det är onormalt lågt utan att anbudsgivaren först fått tillfälle att lämna en sådan förklaring.

Frågan uppkommer om EU-domstolens avgörande därutöver innebär en skyldighet för en upphandlande myndighet att alltid begära förtydliganden av onormalt låga anbud. Förvaltningsrätten finner inte att någon sådan skyldighet föreligger. Det kan då enligt förvaltningsrättens mening inte finnas skäl för rätten att ingripa mot en upphandling för att den upphandlande myndigheten har godtagit förklaringar till det låga anbudet som, enligt den som begär överprövning, eventuellt inte borde ha godtagits. Förvaltningsrätten saknar därmed skäl till ingripande enligt LOU med anledning av Merits talan. Merits ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Robert Johansson

Rådman

Föredragande har varit David Munck.



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 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.