



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

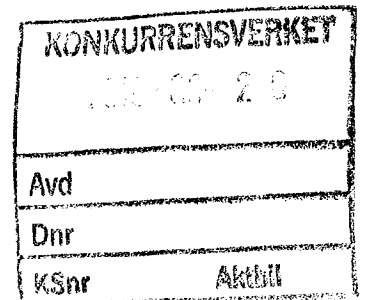
DOM

2018-03-20

Meddelad i Stockholm

Mål nr

16635-17



SÖKANDE

Merit utbildning Malmö AB, 556717-4817

Ombud: Advokat Erik Sigfridsson
Hamilton Advokatbyrå
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

Arbetsförmedlingen
113 99 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Arbetsförmedlingens avvísningyrkande.

Förvaltningsrätten avslår Merit utbildning Malmö AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 932626

| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
|------------------|------------------|---|---------------|------------------------------|
| 115 76 Stockholm | Tegeluddsvägen 1 | 08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt | 08-561 680 01 | måndag–fredag 08:00–16:30 |

BAKGRUND

Arbetsförmedlingen har genomfört en nationell upphandling avseende ”Yrkes- och studieförberedande moduler”, Af-2017-0008 5697, (upphandlingen). Upphandlingen har genomförts med ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Upphandlingen är uppdelad på 70 geografiska leveransområden. Anbudsgivarna har haft möjlighet att lämna anbud på ett eller flera leveransområden. Merit utbildning Malmö AB (Merit) har lämnat anbud på leveransområdena Halmstad, Helsingborg, Kristianstad, Landskrona, Hässleholm, Lund, Malmö och Växjö.

I samband med tilldelningsbeslutet den 7 juli 2017 meddelade Arbetsförmedlingen att samtliga Merits anbud förkastats med hänvisning till att bolagets referensuppdrag inte uppfyllde ska-kravet avseende undervisning i svenska i punkt 1.4.4.1. *Referensuppdrag* i förfrågningsunderlaget. Vidare meddelades att Merits anbud för leveransområdena Helsingborg, Kristianstad, Landskrona, Lund och Malmö även förkastats med stöd av 19 kap. 27 § LOU på grund av onormalt låga priser.

YRKANDEN

Merit ansöker om överprövning vad gäller leveransområdena Halmstad, Helsingborg, Kristianstad, Landskrona, Hässleholm, Lund, Malmö och Växjö och yrkar, i första hand, att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen – vad gäller aktuella leveransområden – inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att utvärderingen görs om, varvid anbuderna från Merit inte förkastas. I andra hand yrkar Merit att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen – vad gäller aktuella leveransområden – ska göras om.

Arbetsförmedlingen bestrider bifall till ansökan om överprövning. För egen del yrkar Arbetsförmedlingen, i första hand, att Merits ansökan ska avvisas vad gäller leveransområdena Halmstad och Växjö samt avslås i sin helhet vad gäller övriga leveransområden. I andra hand yrkar Arbetsförmedlingen att Merits ansökan ska avslås i sin helhet för samtliga leveransområden.

Merit bestrider Arbetsförmedlingens avvisningsyrkade.

VAD PARTERNA ANFÖR

Till stöd för sin talan anför **Merit** bl.a. följande.

Allmänt

Merit har uppfyllt samtliga ska-krav i upphandlingen. Sådan svenskundervisning som ska ingå i referensuppdraget enligt punkten 1.4.4.1. *Referensuppdrag* i förfrågningsunderlaget har ingått i det referensuppdrag som Merit åberopat i sitt anbud. Merits anbud skulle därmed inte ha förkastats för områdena Halmstad Helsingborg, Kristianstad, Landskrona, Hässleholm, Lund, Malmö och Växjö. När det ändå har gjorts har Arbetsförmedlingen brutit mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 4 kap. 1 § LOU.

Eftersom Arbetsförmedlingen inte har förkastat Merits anbud som onormalt låga för områdena Hässleholm, Halmstad och Växjö ska förvaltningsrätten besluta att upphandlingen ska rättas avseende dessa tre leveransområden redan på den ovan nämnda grunden. Arbetsförmedlingen har vidare inte haft rätt att förkasta Merits anbud för leveransområdena Helsingborg, Kristianstad, Landskrona, Lund och Malmö med hänvisning till att de skulle vara onormalt låga. När detta ändå har gjorts har Arbetsförmedlingen brutit mot 19 kap. 27 § LOU, likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och

4 kap. 1 § LOU. Således ska förvaltningsrätten besluta att upphandlingen ska rättas även avseende dessa fem leveransområden.

För det fall förvaltningsrätten skulle anse att Arbetsförmedlingen rätteligen har förkastat Merits anbud för att bolaget inte uppfyllt kravet avseende svenskundervisning i punkt 1.4.4.1. *Referensuppdrag* har detta krav utformats i strid med transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 4 kap. 1 § LOU. Således ska förvaltningsrätten besluta att upphandlingen ska göras om.

Merit har lidit eller i vart fall riskerat att lida skada i den mening som avses i 20 kap. 6 § första stycket LOU.

Kravet på referensuppdrag

Av kravet i punkten 1.4.4.1 i Anbudsinbjudan framgår att anbudsgivarna i en bilaga till anbudet ska presentera referensuppdragets innehåll och upplägg. Merit har uppfyllt detta krav genom att presentera innehållet i och upplägget av ett uppdrag bolaget utfört åt Helsingborgs stad. Vidare anges det i kravet att anbudsgivarna ska ange en referensperson för uppdraget, vilket Merit har gjort.

Skälet till att Arbetsförmedlingen förkastade Merits anbud var att den angivna referenspersonen hade angett att svenskundervisning inte ingått som en del av referensuppdraget. Vid e-postkorrespondens mellan Arbetsförmedlingen och referenspersonen efter att Merit ansökt om överprövning av upphandlingen har dock referenspersonen förtydligat sig enligt följande.

”Branschsvenska ingår i Ny resurs. Det ni frågade om var undervisning i svenska, svenska som andraspråk på grundvux och/eller komvuxnivå eller

SFI. Jag uppfattade det som ni menade undervisning enligt skollagen och det ingår inte i Ny resurs.”

Först nu gör Arbetsförmedlingen gällande att Merits referensuppdrag inte varit ett likartat uppdrag. Detta är en efterhandskonstruktion från Arbetsförmedlingens sida.

Genom referenspersonens svar bekräftas att Merits åberopade referensuppdrag innefattat undervisning i branschsvenska. Av bilaga 6 till det avtal som Merit ingått med Helsingborgs stad framgår också att Merit inom ramen för uppdraget åt Helsingborgs stad tillhandahållit utbildning i yrkessvenska/ branschsvenska.

Den svenskundervisning i form av branschsvenska som Merit tillhandahållit Helsingborgs stad under det åberopade referensuppdraget är sådan svenskundervisning som Arbetsförmedlingen efterfrågat och referensuppdraget är ett likartat uppdrag. Det ska noteras att Arbetsförmedlingen på ett brett vis formulerat kravet på den typ av svenskundervisning som ska ha innefattats i uppdraget, vilket framgår av Arbetsförmedlingens förtydligande av kravet. Arbetsförmedlingen har i ”Frågor och svar” på den direkta frågan ”Är det korrekt uppfattat att detta krav enbart gäller nivån och inte skolformen i övrigt?” svarat ”I punkt 1.4.4.1. Referensuppdraget under punkt 4 gäller kravet enbart nivån”. Efter Arbetsförmedlingens förtydligande står det klart att Arbetsförmedlingen godtar erfarenhet av svenskundervisning på oerhört grundläggande nivå och på mer avancerad nivå, exempelvis upp till komvuxnivå. Enligt kravets ursprungliga ordalydelse är det helt tillräckligt att anbudsgivarnas åberopade referensuppdrag innehåller undervisning i svenska. Att svenskundervisning i form av branschsvenska utgör undervisning i svenska uppfattar Merit som ostridigt i målet.

Mot denna bakgrund är det klart att Arbetsförmedlingen har formulerat kravet oerhört vidsträckt och att den svenskundervisning i form av branschsvenska som Merit tillhandahåller Helsingborgs stad inom det åberopade uppdraget uppfyller kravet. Det är tydligt att det är tillräckligt att referensuppdraget innehåller undervisning i svenska. Någon närmare avgränsning av formen för denna svenskundervisning har inte gjorts. Branschsvenska ges till elever med varierande grad av kunskaper i svenska. Undervisningen anpassas till att ges till elever med ingen eller endast grundläggande kunskaper i svenska språket, till elever som inte kan läsa eller skriva eller som inte kan det latinska alfabetet, samt till elever som har kommit till en högre kunskapsnivå i det svenska språket.

Att det enligt avtalet som träffats mellan Merit och Helsingborgs stad följer att svenskundervisning *kan* utföras av andra leverantörer medför inte att Merit inte också kan tillhandahålla svenskundervisning inom referensuppdraget, vilket även referenspersonen klart och tydligt bekräftat. Merit har således tydligt visat att bolaget tillhandahåller svenskundervisning inom det åberopade referensuppdraget.

Onormalt lågt anbud

Arbetsförmedlingen har inte gjort en individuell bedömning av Merits anbud utan utgått från sin egen mycket förenklade kalkyl och fastslagit att för de områden där Merits priser ger ett negativt resultat har bolaget offererat onormalt låga priser. Arbetsförmedlingens kalkylunderlag är dock bristfälligt och bygger på schablonbelopp. Merit har gjort egna kalkyler som visar att bolaget kommer att göra ett positivt resultat för varje område. Kalkylen bygger inte på schabloner utan på de kostnader som Merit beräknar att bolaget faktiskt kommer att ha. Merits kalkyler bygger på de lägre löner som Merit har erfarenhet av att bolaget kan anställa personal till. Merit kan också tillämpa lägre sociala kostnader än vad Arbetsförmedlingen beräknat i sina

kalkyler. Merit kommer också kunna ha lägre kostnader för bl.a. lokaler och IT än vad Arbetsförmedlingen räknat med. Detta bygger delvis på att Merit redan är etablerad på relevanta områden. Av statistik från Arbetsförmedlingen framgår att tillgången till arbetssökande som är berättigade till nystartsjobb är tillräckligt stor för att det ska vara möjligt att hitta arbetskraft för nystartsjobb enligt Merits kalkyler. Om Merit skulle erhålla de aktuella uppdragen skulle också samordningsvinster kunna göras. Därmed har Merit möjlighet att offerera lägre priser. Merits anbud är seriöst menat och bygger på underbyggda kalkyler. Arbetsförmedlingens agerande strider mot EU-domstolens praxis.

Kravet på referensuppdrag är utformat i strid med LOU

Merit har i vart fall visat att bolaget tillhandahållit Helsingborgs stad undervisning i branschsvenska (yrkessvenska) inom det åberopade referensuppdraget. Om inte denna branschsvenska skulle vara sådan svenska som Arbetsförmedlingen avsett i kravet har detta inte framgått med tillräcklig tydlighet. Kravet kan därför inte anses vara utformat i enlighet med transparensprincipen, likabehandlingsprincipen eller 4 kap. 1 § LOU. Upphandlingen ska därför göras om i enlighet med Merits andrahandsyrkande.

Skada

Det är ostridigt i målet att Merit skulle ha tilldelats kontraktet för leveransområdet Hässleholm om inte Arbetsförmedlingen hade förkastat Merits anbud med hänvisning till att anbudet inte uppfyllde samtliga ska-krav i förfrågningsunderlaget. Det är också ostridigt att Merit skulle ha tilldelats kontrakten för leveransområdena Helsingborg, Kristianstad, Landskrona, Lund och Malmö om Arbetsförmedlingen dessutom inte hade förkastat Merits anbud för dessa områden på grund av onormalt lågt pris. Bolaget har därför lidit eller i vart fall riskerat att lida skada. Hade kravet avseende

svenskundervisning i punkt 1.4.4.1. *Referensuppdrag* i förfrågningsunderlaget formulerats i enlighet med transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 4 kap. 1 § LOU hade Merit kunnat åberopa ett annat referensuppdrag där Merit tillhandahållit den form av svenskundervisning som Arbetsförmedlingen efterfrågat. Under sådana förhållanden hade inte Arbetsförmedlingen förkastat Merits anbud på denna grund. Bolaget har därför lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

Till stöd för sin talan anför **Arbetsförmedlingen** bl.a. följande.

Allmänt

Varje leveransområde är en egen upphandling för sig för vilken kontrakt kommer att tilldelas och avtal tecknas. Tilldelningsgrunden har varit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet där såväl pris som kvalitet har bedömts i utvärderingen.

För båda yrkandena gäller att Arbetsförmedlingen inte har vidtagit någon åtgärd i strid med LOU eller någon av de gemenskapsrättsliga principerna som lagen är grundad på. Merit har därmed inte lidit eller riskerat att lida skada.

Av utvärderingen framgår att även om Merits referensuppdrag skulle anses som godkänt kan bolaget inte vinna leveransområdena Halmstad (två leverantörer ligger före) och Växjö (en leverantör ligger före). Merit kan därför inte lida eller riskera att lida skada varför förvaltningsrätten bör avvisa bolagets ansökan om överprövning avseende dessa områden.

Kravet på referensuppdrag

Merit har som referensuppdrag valt ett uppdrag åt Helsingborgs stad med beteckningen ”Ny resurs – invandrares etablering på arbetsmarknaden

177/2013” och angett en referensperson. Referenspersonen uppgav vid telefonkontakt bl.a. att svenskundervisning inte ingått i referensuppdraget. Mot bakgrund av referenspersonens uppgifter har referensuppdraget inte godkänts.

Av e-postkorrespondens mellan Arbetsförmedlingen och referenspersonen framgår att referenspersonen skickat in en komplettering i vilken uppges att branschsvenska ingår i uppdraget ”Ny resurs”. I avtalet med Helsingborgs stad som getts in av Merit framgår att SFI levererades av en annan anordnare än bolaget. I uppdragsbeskrivningen för ”Ny resurs” som getts in av Merit anges att uppdraget innehåller yrkessvenska, inte det som Arbetsförmedlingen efterfrågar under punkten 4 i *1.4.4.1 Referensuppdrag*. Begreppet yrkessvenska är enligt Arbetsförmedlingens mening liktydigt med begreppet branschsvenska som är det begrepp som referenspersonen från Helsingborgs stad använder för att beskriva innehållet i det referensuppdrag som Merit åberopar. Uppdraget kan inte anses vara ett likartat uppdrag som det Arbetsförmedlingen efterfrågar då det saknas utbildning i svenska språket med det innehåll som efterfrågas i referensuppdraget. Även om yrkessvenska/branschsvenska skulle anses uppfylla kravet i fråga om referensuppdrag, vilket Arbetsförmedlingen bestrider, är det ändå oklart om Merit har levererat en sådan tjänst då hänvisning sker till en annan anordnare av sådan utbildning.

Det framgår således av såväl uppdragsbeskrivningen för det av Merit åberopade referensuppdraget som av avtalet med Helsingborgs stad att referensuppdraget inte uppfyller kravet på efterfrågat uppdrag. Det är inte likartat och det omfattar inte ställt krav på svenskundervisning enligt punkten 4 i *1.4.4.1. Referensuppdrag* i förfrågningsunderlaget. Förtydligandena i ”Frågor och svar” förändrar inte den bilden. Vidare har referenspersonen verifierat att svenskundervisning på det sätt som Arbetsförmedlingen efterfrågat inte ingår i uppdraget ”Ny resurs” genom att bekräfta att det är bransch-

svenska som ingår i uppdraget. Branschsvenska uppfyller inte kravet. Merit har själv framhållit förtydligandet i ”Frågor och svar”. Där framgår det bl.a. att med undervisning i svenska avses undervisning motsvarande grundläggande undervisning i svenska för deltagare som bland annat har kort eller ingen utbildning, inte kan läsa eller skriva eller inte kan det latinska alfabetet. Av uppdragsbeskrivningen för referensuppdraget framgår att den undervisning som tillhandahålls är till för deltagare som är i behov av att utveckla det svenska yrkespråket. Vidare anges i uppdragsbeskrivningen målar-svenska som ett exempel på yrkessvenska. Att t.ex. målarsvenska, där deltagaren lär sig ord, termer och begrepp som används inom målaryrket, inte är samma typ av grundläggande undervisning i svenska som efterfrågats av Arbetsförmedlingen måste anses uppenbart.

Onormalt lågt anbud

Merits prissättning av uppdraget har av Arbetsförmedlingen uppfattats som onormalt lågt. I enlighet med 19 kap. 27 § LOU har därför Arbetsförmedlingen begärt en förklaring till de låga anbudspriserna. Merits förklaring har inte varit tillfredställande bl.a. då vissa kostnader ska finanseras med nystartsjobb. Vid en sammantagen bedömning av Merits priser, Arbetsförmedlingens kalkyler och bolagets förklaring har Arbetsförmedlingen bedömt att bolagets prissättning av uppdraget är onormalt lågt för i vart fall fem leveransområden. Av den anledningen har Merits anbud för dessa områden rätteligen förkastats.

Kravet på referensuppdrag strider inte mot LOU

Arbetsförmedlingen bestrider att kravet i punkt 1.4.4.1. *Referensuppdrag* i förfrågningsunderlaget är otydligt formulerat och därmed utformat i strid med transparensprincipen och likabehandlingsprincipen. Av kravet framgår uttryckligen vad som efterfrågats beträffande referensuppdrag. Till det har

sedan innehållet i vad som menas med att bedriva undervisning i svenska förtydligats i ”Frågor och svar”. Även om det skulle anses att kravet på något sätt inte är optimalt utformat är bristen i vart fall inte så allvarlig att den skulle vara i strid med transparensprincipen eller likabehandlingsprincipen eller någon annan bestämmelse i LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Talerätt

Arbetsförmedlingen yrkar att Merits ansökan om överprövning ska avvisas vad gäller leveransområdena Halmstad och Växjö och anför i huvudsak att varje leveransområde är en egen upphandling och att Merit, även om bolagets talan skulle vinna bifall, inte kan vinna upphandlingen vad gäller dessa leveransområden och därför inte riskerar att lida skada. Merit bestrider Arbetsförmedlingens avvisningsyrkande.

Förvaltningsrätten uppfattar grunden för Arbetsförmedlingens avvisningsyrkande på så sätt att Arbetsförmedlingen menar att Merit saknar talerätt i fråga om leveransområdena Halmstad och Växjö. Förvaltningsrätten har därmed inledningsvis att pröva om Merit uppfyller förutsättningarna för talerätt vad gäller dessa leveransområden.

Utgångspunkter för prövningen av talerätten

Bestämmelsen i 20 kap. 4 § LOU reglerar talerätten. Enligt den bestämmelsen kan en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kunna komma att lida skada ansöka om överprövning av en upphandling. Med upphandling avses enligt 1 kap. 2 § LOU de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av kontrakt.

Vad gäller skada har Högsta förvaltningsdomstolen uttalat att det beträffande frågan om talerätten är sökandens egen uppfattning om skada eller risk för skada som är relevant (HFD 2013 ref. 53).

Förvaltningsrättens bedömning

Den första frågan som förvaltningsrätten har att ta ställning till i denna del är om varje leveransområde i upphandlingen ska ses som en egen upphandling i lagens mening. Om så inte är fallet saknas anledning att pröva frågan om talerätt i förhållande till enskilda leveransområden.

Definitionen av begreppet upphandling i 1 kap. 2 § LOU behandlar inte frågan om det rör sig om en eller flera upphandlingar med avseende på berörda parter och antalet ingående kontrakt (se prop. 2015/16:195 s. 934). Bedömningen av om det är fråga om en eller flera upphandlingar i LOU:s mening får därför ske utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.

Av i målet ingivna upphandlingsdokument framgår bl.a. följande. Upphandlingen är uppdelad på 70 geografiska leveransområden. Anbudsgivarna har haft möjlighet att lämna anbud på ett eller flera leveransområden. Ett kontrakt kommer att ingås per leveransområde.

Förvaltningsrätten gör mot den bakgrunden bedömningen att varje leveransområde måste anses utgöra en egen upphandling i LOU:s mening. Förvaltningsrätten konstaterar härvid att de olika leveransområdena i upphandlingen är så klart avgränsade att det utan problem går att skilja dem åt (jfr Kamrarrätten i Stockholms domar den 25 april 2014 i mål nr 1066-14 och 1067-14).

Frågan är härefter om Merit uppfyller förutsättningarna för talerätt avseende leveransområdena Halmstad och Växjö.

Förvaltningsrätten noterar att grunderna för Arbetsförmedlingens avvisningsyrkande endast tar sikte på Merits förstahandsyrkande om rättelse av upphandlingen. Oaktat detta är det beträffande frågan om talerätten sökandens egen uppfattning om skada eller risk för skada som är relevant. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs däremot också att sökanden kan visa att denne lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Merit har lämnat anbud i upphandlingarna på de aktuella leveransområdena och gör gällande att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada på grund av de av bolaget påtalade bristerna. Enligt förvaltningsrättens mening uppfyller bolaget därmed förutsättningarna för talerätt. Arbetsförmedlingens avvisningsyrkande ska därför avslås.

Förvaltningsrätten har således att pröva ansökan i sak vad gäller samtliga leveransområden i upphandlingen som ansökan om överprövning avser.

Prövningen i sak

Utgångspunkter för prövningen i sak

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU 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 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande bestämmelserna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU 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.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grund av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 6 § LOU. 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 har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att denne lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU (HFD 2013 ref. 53).

I enlighet med likabehandlingsprincipen som kommer till uttryck i 4 kap. 1 § LOU får en upphandlande myndighet inte efterge eller bortse från obligatoriska krav som ställs upp i förfrågningsunderlaget. Anbudsgivare eller anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven ska som huvudregel inte beaktas vid utvärderingen. För att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet måste således kraven vara uppfyllda.

Parterna får som huvudregel själva bära ansvaret för utredningen i målet. Ingen av parterna har gett in upphandlingens förfrågningsunderlag, den generella delen, till förvaltningsrätten. Parterna har dock redogjort för förfrågningsunderlagets innehåll i relevanta delar och ingen av parterna har haft några invändningar mot respektive parts redogörelser i denna del.

Finns det skäl att besluta om rättelse av upphandlingen?

Förvaltningsrätten prövar inledningsvis Merits påstående om att det finns skäl för ingripande enligt LOU på grund av att bolagets anbud på samtliga leveransområden felaktigt har förkastats med hänvisning till att det referensuppdrag som Merit lämnat med anbudet inte uppfyller ska-kravet avseende erfarenhet av att bedriva undervisning i svenska i punkt 1.4.4.1. *Referensuppdrag* i förfrågningsunderlaget.

I förfrågningsunderlaget för de aktuella leveransområdena i punkt 1.4.4.1
Referensuppdrag uppställs följande ska-krav.

Anbudsgivaren **ska** lämna ett (1) referensuppdrag med likartad inriktning som det nu aktuella utbildningsuppdraget. Med likartad inriktning avses utbildningsuppdrag som motsvarar det utbildningsuppdrag som offereras, och som minst innehåller:

1. Studie- och yrkesvägledande insatser med målsättning att stödja arbetslösa personer till arbete och/eller studier.
2. Erfarenhet av att bedriva och samordna vuxenundervisning.
3. Information om arbetsmarknaden i Sverige.
4. Erfarenhet av att bedriva undervisning i svenska, svenska som andraspråk på grundvux och/eller komvuxnivå eller SFI.

Samtliga ovannämnda delar 1–4 ska ingå./.../

I publika "Frågor och svar" i upphandlingen återfinns bland andra följande fråga och svar avseende kravet i punkten 4 gällande undervisning i svenska (fråga 6).

Fråga: " [...] Är det korrekt uppfattat att detta krav enbart gäller nivån och inte skolformen i övrigt? Alltså att ett referensuppdrag utfört åt Arbetsförmedlingen där undervisning i svenska, svenska som andraspråk på grundvux och/eller komvuxnivå eller SFI har skett klarar kravet i punkt 4?

Svar: I punkt 1.4.4.1 – Referensuppdrag under punkt 4 gäller kravet enbart nivån."

Efter att en annan anbudsgivare har begärt att få ett förtydligande har Arbetsförmedlingen svarat följande (fråga 14).

"Vårt tidigare svar var att det är nivån som menas. Förtydligande 1.4.4.1 – Referensuppdrag, punkt 4: Erfarenhet av att bedriva undervisning i svenska, svenska som andraspråk på grundvux och/eller komvuxnivå eller SFI nivå motsvarande lägst nivå A. Vilket motsvarar grundläggande undervisning i svenska för deltagare som bland annat har kort eller ingen utbildning, inte kan läsa och skriva och/eller inte kan det latinska alfabetet."

Det är ostridigt att Arbetsförmedlingen förkastade samtliga Merits anbud med anledning av att den referensperson som Merit lämnat på myndighetens fråga uppgav att bolagets referensuppdrag inte innehöll erfarenhet av att bedriva undervisning i svenska. Det kan konstateras att det råder vissa

oklarheter i fråga om hur referenspersonen uppfattade Arbetsförmedlingens fråga.

Det är dock numera även ostridigt mellan parterna att det referensuppdrag som Merit har åberopat innehåller erfarenhet av att bedriva undervisning i bransch/yrkessvenska. Frågan är om Merit därmed har visat att bolaget uppfyllt aktuellt ska-krav och att Arbetsförmedlingen således har handlat i strid med LOU när myndigheten förkastade bolagets anbud på den aktuella grunden.

Förvaltningsrätten anser, särskilt med hänsyn till hur Arbetsförmedlingen uttryckt sig i sina förtydliganden i ”Frågor och svar”, att det aktuella kravet rimligen måste tolkas på så sätt att det är generell svenskundervisning på relativt grundläggande nivå som efterfrågas. Såvitt framkommit i målet är den bransch/yrkessvenska som Merit har tillhandahållit inom ramen för sitt referensuppdrag till för deltagare som är i behov av att utveckla det svenska yrkesspråket. Enligt förvaltningsrättens mening kan denna mer specifikt inriktade utbildning inte anses motsvara vad Arbetsförmedlingen har efterfrågat. Det har inte heller framkommit att Merit på annat sätt har uppfyllt aktuellt krav.

Förvaltningsrätten anser mot den bakgrunden att Merit inte har förmått visa att Arbetsförmedlingen har handlat i strid med LOU när myndigheten har förkastat Merits anbud med hänvisning till att bolaget inte har uppfyllt ska-kravet avseende undervisning i svenska i punkt 1.4.4.1. *Referensuppdrag* i förfrågningsunderlaget. Det saknas därför skäl att besluta om rättelse av upphandlingen på denna grund.

Arbetsförmedlingen har förkastat Merits anbud på samtliga leveransområden med hänvisning till den ovan prövade grunden. Det saknas därmed anledning att pröva om det finns skäl att besluta om rättelse på grund av att

Arbetsförmedlingen skulle ha förkastat bolagets anbud för vissa leveransområden i strid med 19 kap. 27 § LOU på grund av onormalt låga priser.

Finns det skäl att besluta att upphandlingen ska göras om?

Frågan är då om det, med hänsyn till vad Merit anført om att kravet avseende undervisning i svenska i punkt 1.4.4.1. *Referensuppdrag* i förfrågningsunderlaget är otydligt, finns skäl att besluta att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av principerna om transparens och likabehandling i 4 kap. 1 § LOU följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag. Av RÅ 2002 ref. 50 framgår emellertid att 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. Av EU-domstolens praxis framgår att förfrågningsunderlaget ska vara utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (se bl.a. mål C-19/00, EU:C:2001:553, SIAC Construction Ltd).

Enligt förvaltningsrättens mening hade det aktuella kravet avseende undervisning i svenska kunnat formuleras på ett tydligare sätt. Förvaltningsrätten anser dock att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör, i vart fall efter att Arbetsförmedlingen har förtydligat kravet i ”Frågor och svar”, har haft möjlighet att förstå vilken typ av undervisning som efterfrågats.

Förvaltningsrätten gör mot denna bakgrund bedömningen att förfrågningsunderlaget inte är så pass otydligt i den aktuella delen att det kan anses vara utformat i strid med de grundläggande principerna om transparens och lika-behandling. Inte heller i övrigt har det framkommit att förfrågningsunderlaget i denna del skulle strida mot LOU. Det saknas därmed skäl att besluta att upphandlingen ska göras om på denna grund.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten anser att Merit är taleberättigad vad gäller samtliga leveransområden som ansökan om överprövning avser. Arbetsförmedlingens avvisningsyrkande ska därför avslås.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis inte visat att upphandlingen har genomförts på ett sådant sätt att det finns grund för ingripande enligt LOU. Merit kan således inte ha lidit eller komma att lida skada på grund av påtalade brister. Merits ansökan om överprövning ska således avslås.

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

Johan Lundmark
Chefsrådman

Förvaltningsrättsfiskalen Sara Holmström har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättsens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 rättsens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.