

**SÖKANDE**

Yrkesakademin AB, 556346-6233
Box 127
791 23 Falun

Ombud: Advokat Mikael Engström och jurist Fanny Fernlöf
Advokatfirman Cederquist KB
Box 1670
111 96 Stockholm

MOTPART

Arbetsförmedlingen
Juridiska avdelningen
113 99 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Yrkesakademin AB:s ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Arbetsförmedlingen genomför upphandlingen ”Naturbruk–inriktning Trädgård”, Af-2018/0011 9140 (upphandlingen). Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Upphandlingen avser arbetsmarknadsutbildning inom en eller flera inriktningar, såsom skötsel och förvaltning av utomhusmiljöer, trädgårdsodling (friland/växthus), trädgårdsanläggning, och/eller trädgårdstjänster. Enligt meddelande om tilldelningsbeslut den 30 oktober 2018 ansågs Hvilan Utbildning AB ha bäst förhållande mellan pris och kvalitet för leveransområdena Norra Mälardalen, Skåne och Örebro, och AcadeMedia Eductus AB för leveransområdena Stockholm och Halland.

Yrkesakademin AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsprövning genomförs, varvid anbudet från bolaget ska anses uppfylla samtliga obligatoriska krav och därmed utvärderas. Ansökan avser leveransområdet Örebro.

Arbetsförmedlingen bestrider bolagets ansökan om överprövning och yrkar att ansökan avslås i sin helhet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättsliga utgångspunkter

I 4 kap. 1 § LOU anges de grundläggande principerna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Av 20 kap. 4 § LOU framgår att allmän förvaltningsdomstol får överpröva en upphandling efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller

någon annan bestämmelse i LOU, och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten i enlighet med 20 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Inom ramen för de grundläggande principerna har den upphandlande myndigheten stor frihet att utforma sin upphandling (se HFD 2012 ref. 48). Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en normalt omsorgsfull leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse i upphandlingen. Den upphandlande myndigheten har även ett visst tolkningsföreträde beträffande skrivningar i det egna förfrågningsunderlaget, förutsatt att det inte innebär en överträdelse av unionsrättens principer (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 6 oktober 2016 i mål nr 2225-16).

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (se RÅ 2009 ref. 69).

Vad parterna anför

Bolaget anför bl.a. följande som stöd för sin talan. Bolaget uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Genom att trots detta förkasta bolagets anbud har Arbetsförmedlingen förfarit i strid med likabehandlingsprincipen. Om anbudet rätteligen hade tagits upp till utvärdering skulle bolaget ha tilldelats kontrakt i upphandlingen såvitt avser leveransområde 4, Örebro. Arbetsförmedlingens överträdelse har därmed medfört skada eller risk för skada för bolaget i den mening som avses i 20 kap. 6 § LOU.

Av korrespondens mellan bolaget och Arbetsförmedlingen har framkommit att bolagets anbud diskvalificerats på grund av att bolaget uppgett sig nyttja en underleverantör, Lavi Group AB (Lavi), för genomförande av aktuell tjänst men inte presenterat ett referensuppdrag som utförts av underleverantören, utan ett referensuppdrag som utförts av bolaget, och därigenom inte ansetts uppfylla kravet på referensuppdrag. Det referensuppdrag som presenterats är däremot utfört av underleverantören. Det är förvisso så att det inte i själva referensuppdragsbeskrivningen uttrycks att det är Lavi som utfört uppdraget. Något krav på att så skulle framgå av just beskrivningen finns emellertid inte. Av anbudet i övrigt framgår dock mycket tydligt att Lavi ska nyttjas som underleverantör och det är naturligen också därför Lavi som utfört referensuppdraget. Därtill har bolaget bifogat ett samarbetsavtal som tydligt uttrycker att Lavi ska nyttjas som underleverantör vid eventuell kontraktstilldelning i upphandlingen för leveransområdet Örebro. Någon tveksamhet kan därför knappast föreligga om att Lavi ska nyttjas som underleverantör för genomförande av aktuell tjänst, och att referensuppdraget därför avser Lavi. Saken har även mycket enkelt kunnat kontrolleras genom att kontakta uppgivna referenspersoner, i enlighet med föreskrifterna därom i förfrågningsunderlaget. De angivna referenterna har aldrig kontaktats och inte heller tillfrågats med anledning av referensuppdraget. Hade Arbetsförmedlingen kontaktat referenspersonerna skulle dessa med lätthet kunnat intyga att referensuppdraget utförts av Lavi.

Samtliga för målet relevanta krav framgår av förfrågningsunderlagets punkt 3.3. I denna punkt anges ett antal erfarenhetskrav samt krav på vad som ska framgå av beskrivningen av ingivna referensuppdrag. Inget av dessa krav anger att anbudsgivaren, i själva beskrivningen, ska redovisa uttrycklig uppgift om utförandebolag för referensuppdraget. Det noteras i sista stycket att om anbudsgivaren avser att nyttja underleverantör är det underleverantörens referensuppdrag som ska presenteras. Bolaget avser att nyttja underleverantör på sagda sätt och har därför uppgett detta i anbudet, bifogat

samarbetsavtal med aktuell underleverantör, samt beskrivit underleverantörens referensuppdrag. Sålunda är bolagets referensuppdragsbeskrivning utformad i överensstämmelse med samtliga krav i förfrågningsunderlagets punkt 3.3 och det saknas därför skäl att förkasta bolagets anbud på av Arbetsförmedlingen åberopad grund.

Arbetsförmedlingen kan endast förkasta anbudet till följd av krav som uttryckligen följer av upphandlingsdokumenten i den aktuella upphandlingen. Huruvida Lavi har registrerats som underleverantör i ett annat uppdrag är därvid en annan sak, som inte kan läggas till grund för förkastande här.

Arbetsförmedlingen anför bl.a. följande som stöd för sin talan.

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

Av kravet i förfrågningsunderlaget punkt 3.3 sista stycket framgår att om anbudsgivaren avser att nyttja underleverantör för genomförande av aktuell tjänst, vilket bolaget angett i sitt anbud, är det underleverantörens uppdrag som ska presenteras. Emellertid går det inte någonstans i det referensuppdrag som bolaget bifogat att utläsa att det skulle vara någon annan än bolaget självt som utfört uppdraget, och än mindre att det uttryckligen skulle ha utförts av den underleverantör som bolaget angett att de avser använda för tjänsten. Bilagan har bolagets logotyp på samtliga sidor och har kontaktuppgifter till bolaget. Kravet i punkt 3.3 är tydligt och det kan inte missförstås att det av beskrivningen måste framgå att det är underleverantören som utfört uppdraget. Arbetsförmedlingen är inte skyldig att ta del av eller på något sätt efterforska annan information än det av bolaget inlämnade anbudet. Det finns vidare inte något krav på att Arbetsförmedlingen ska kontrollera en uppgift om en underleverantör i

förfrågningsunderlaget. Skrivningen i punkt 3.3 om att Arbetsförmedlingen kan komma att kontrollera uppgifterna är en ren upplysning till anbudsgivarna i syfte att säkerställa att korrekta uppgifter lämnas in.

Vidare kan referensuppdraget ändå inte godkännas eftersom det uppdrag som bolaget utfört har utförts av en icke godkänd underleverantör. De allmänna villkoren i upphandlingen som referensuppdraget härrör från stadgar angående underleverantörer bl.a. att säljaren ska anmäla underleverantörer till Arbetsförmedlingens utpekade ansvariga upphandlare senast en månad innan underleverantören ska påbörja leverans. Någon anmälan om avsikten att använda underleverantör har inte kommit ansvarig utpekad upphandlare på Arbetsförmedlingen tillhanda. Den aktuella underleverantören är inte heller registrerad som underleverantör hos Arbetsförmedlingen, vilket hade varit fallet om de anmälts och godkänts i enlighet med bestämmelserna i avtalet för upphandlingen. Således har bolaget utfört den tjänsten som åberopas som referensuppdrag med en icke godkänd underleverantör. Arbetsförmedlingen kan inte godkänna ett sådant referensuppdrag eftersom det utförts i strid med avtalsvillkoren för den upphandling som uppdraget avser, och Arbetsförmedlingen kan heller därför inte veta om tjänsten utförts i enlighet med villkoren för tjänsten i övrigt. Överträdelsen är allvarlig med tanke på de personuppgifter som denna icke godkända underleverantör kunnat ta del av. Att bolaget inte skulle ha insett det är inte trovärdigt med tanke på de avtalsvillkor i de avtal som bolaget undertecknat. Bolaget är vidare sedan länge en leverantör till Arbetsförmedlingen med över 100 avtal, varför det med fog kan påstås att bolaget har god kännedom om hur Arbetsförmedlingen arbetar och vilka krav som ställs vid utförande av tjänsten, inte minst beträffande användande av underleverantörer.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om det föreligger skäl för ingripande med anledning av att Arbetsförmedlingen har uteslutit bolaget ur upphandlingen på den grunden att bolagets referensuppdragsbeskrivning inte uppfyller de krav som ställs i punkt 3.3 i förfrågningsunderlaget. Frågan om bolaget har gjort sig skyldig till ett avtalsbrott avseende en annan upphandling ligger utanför rättsens prövning.

Av punkt 3.3 i förfrågningsunderlaget framgår följande.

För att säkerställa att deltagarna har tillgång till en leverantör som har god kännedom om det kunskapsområde som tjänsten avser ska anbudsgivaren ha erfarenhet av liknande uppdrag. Med liknande uppdrag avses yrkesinriktad utbildning för vuxna/unga vuxna inom Trädgårdsnäringen som pågått under minst 3 månader och som motsvarar innehåll inom minst en av följande inriktningar: Skötsel och förvaltning av utemiljöer, Trädgårdsodling (friland/växthus), Trädgårdsanläggning.

Syftet med referensuppdraget är att styrka anbudsgivarens förmåga att genomföra det aktuella uppdraget samt säkerställa att deltagare erhåller kvalitativ och för ändamålet relevant utbildning. Anbudsgivaren ska lämna en kortfattad beskrivning av ett referensuppdrag. Av beskrivningen ska tydligt framgå:

- referensuppdragets namn/benämning och diarienummer eller annat identifikationsnummer
- referensuppdragets målgrupp
- att referensuppdraget utförts inom den senaste 3-årsperioden räknat från sista anbudsdag. Uppdraget ska omfatta heltid under minst tre sammanhängande månader
- referensuppdragets uppdragsgivare
- namn, befattning, telefonnummer och e-postadress till den person som representerar uppdragsgivaren för referensuppdraget. Det förutsätts att kontaktpersonen är vidtalad. Arbetsförmedlingen kan komma att kontrollera uppdraget med angiven person. Referenspersonen ska då finnas tillgänglig under vecka 37 och 38.
- att referenspersonen fortfarande är anställd hos det företag som utfört referensuppdraget
- referensuppdragets innehåll och upplägg.

Samtlig ovanstående efterfrågad information ska anbudsgivaren presentera i en bilaga som får omfatta maximalt 600 ord och endast ord. Text utöver 600 ord kommer inte att beaktas.

Om anbudsgivaren avser att nyttja underleverantör för genomförande av aktuell tjänst är det underleverantörens referensuppdrag som ska presenteras.

Förvaltningsrätten konstaterar att det inte uppställs något krav på att Arbetsförmedlingen ska kontakta den referensperson som anges i referensuppdragsbeskrivningen, utan att bestämmelsen är formulerad som en upplysning till anbudsgivaren att uppgifterna som lämnats kan komma att kontrolleras genom att referenspersonen kontaktas. Det uppställs inte något förbud i förfrågningsunderlaget mot att kontrollera de uppgifter som lämnas i anbudet på annat sätt, och det finns inte någon bestämmelse i LOU som förhindrar den upphandlande myndigheten att kontrollera sådana uppgifter som det nu är fråga om som angetts i anbudet. Det finns därför inte skäl för att rätta upphandlingen på det sätt som bolaget anför på den grunden att Arbetsförmedlingen inte har kontrollerat referensuppdraget genom att kontakta angiven referensperson.

Bolaget har bifogat ett samarbetsavtal mellan bolaget och Lavi till sitt anbud, i vilket det anges att Lavi kommer att vara underleverantör åt bolaget för hela tjänsten för det fall bolaget tilldelas kontrakt för upphandlingen avseende leveransområde Örebro och för det fall Arbetsförmedlingen godkänner överenskommelsen.

Bolaget har även bifogat en referensuppdragsbeskrivning till sitt anbud. Förvaltningsrätten konstaterar att det inte anges i referensuppdragsbeskrivningen att referensuppdraget utförts av en underleverantör, än mindre att uppdraget utförts av Lavi. Dokumentet är försett med bolagets logotyp och kontaktuppgifter. Det anges vidare att deltagarna får ett intyg utfärdat av bolaget efter avslutad utbildning. Av bolagets anbud framkommer vidare att anbud har lämnats för flera leveransområden, och att

det endast är för leveransområde Örebro som bolaget uppger att en underleverantör kommer anlitas. Det har därmed enligt förvaltningsrättens mening framstått som att bolaget självt utfört referensuppdraget vid tidpunkten för inlämnandet av anbudet. Kravet i punkt 3.3 på att det är underleverantörens referensuppdrag som ska presenteras för det fall leverantören avser att utnyttja en underleverantör är således inte uppfyllt.

Det bör vidare tilläggas att en upphandlande myndighet måste anses ha visst tolkningsföreträde vad gäller tolkningen av innebörden av egna uppställda krav, förutsatt att tolkningen inte innebär en överträdelse av principen om transparens. Förvaltningsrätten anser att Arbetsförmedlingens tolkning av kravet är förenlig med nämnda princip och att det av bolaget angivna referensuppdraget inte uppfyller de krav som uppställts i punkt 3.3 i förfrågningsunderlaget. Arbetsförmedlingen har därmed haft fog för att utesluta bolaget ur upphandlingen på den grunden att kraven i punkt 3.3 i förfrågningsunderlaget inte var uppfyllda. Förutsättningar för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU föreligger således inte. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Lars-Åke Johansson
Chefsrådman

Förvaltningsrättsnotarie Ludwig Engblom Strucke har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.