



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2011-06-09
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
2529-11
Enhet 13

KLAGANDE

Jobbgiganten i Sverige AB, 556757-3893
Fristadstorget 8 A
632 20 Eskilstuna

Ombud: Advokat Pernilla Carlsson Rasiwala
Nord & Co Advokatbyrå KB
Box 1435
111 84 Stockholm

MOTPART

Arbetsförmedlingen
113 99 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

KONKURRENSVERKET	
2011-06-13	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 132770

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		

BAKGRUND

Arbetsförmedlingen genomför, med förenklat förfarande enligt LOU, en ramavtalsupphandling av Aktiviteter inom jobb- och utvecklingsgarantin samt jobbgarantin för ungdomar 2011, Af-2010/1748-92. Förfrågningsunderlaget omfattar 68 orter och för varje ort genomförs en upphandling. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för varje upphandling avses antas. I de upphandlingar där det bedöms krävas avtal med flera leverantörer för att säkerställa leverans av uppskattade volymer kommer rangordningen rak avropsordning att tillämpas.

I tilldelningsmeddelade den 25 januari 2011 och bilagorna 1-4 redovisas bl a sammanställning, icke kvalificerade anbud, utvärdering och förteckning över samtliga vinnare. Justerat tilldelningsmeddelade den 26 januari 2011 avser upphandlingarna/orterna Malmö, Örebro och Östersund. Jobbgiganten i Sverige ABs anbud avser 56 upphandlingar/orter och har inte kvalificerat sig till utvärdering.

YRKANDEN M.M.

Jobbgiganten i Sverige AB (fortsättningsvis Jobbgiganten eller Bolaget) yrkar i första hand att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjort såvitt gäller de 56 leveransorter som anbudet avser, i andra hand att upphandlingen ska göras om eftersom dess anbud felaktigt har förkastats. Till stöd för talan anförs bl.a. följande. Arbetsförmedlingen har i bedömningen av anbuderna avvikit från vad som anges i förfrågningsunderlaget avseende punkt 3.7 Samordnare. Jobbgigantens anbud har, utöver en uppräkningslista av alla samordnare, information som visar att samordnaren har den erfarenhet som efterfrågas och det är uppenbart att anbudet genom detta har uppfyllt kravet i aktuell punkt. Arbetsförmedlingen synes i efterhand ha lagt till ett krav på bevis för att den lämnade informa-

tionen i anbudet om samordnarens erfarenhet är riktig. Det var enligt förfrågningsunderlaget inte förutsebart för en anbudsgivare att en beskrivande information av efterfrågad erfarenhet inte var tillfyllest för att uppfylla kravet. Det finns inget krav i förfrågningsunderlaget på att en anbudsgivare ska redovisa den erfarenhet som varje offererad samordnare har på individnivå. Att detta var otydligt för anbudsgivarna framgår bl a av den fråga som ställts i upphandlingen. Mot bakgrund av Arbetsförmedlingens svar ”Anbudsgivaren väljer själv hur denne vill presentera informationen” är det än mer uppenbart att en anbudsgivare inte hade anledning att förvänta annat än att beskrivningar av erfarenheten skulle godtas. Det är uppenbart att Jobbgiganten, vars anbud i övrig har varit mycket konkurrenskraftigt i prishänseende, riskerar att lida skada av Arbetsförmedlingens felaktiga agerande. Skulle domstolen finna att Arbetsförmedlingens tillämpning av nu diskuterat krav är riktig, anser Bolaget att förfrågningsunderlaget har varit alltför otydligt utformat på ett sätt som strider mot de grundläggande principerna inom offentlig upphandling och 1 kap. 9 § LOU. Jobbgiganten har efter tilldelningsbeslutet tagit del av andra anbudsgivares anbud och har då kunnat konstatera att t.ex. AcadeMedia Eductus AB, precis som Jobbgiganten, har redovisat sina samordnares erfarenhet samlad. AcadeMedia Eductus AB:s anbud har emellertid utvärderats. Arbetsförmedlingens hantering av AcadeMedia Eductus AB:s anbud indikerar inte bara att kravet inte alls ska uppfattas som Arbetsförmedlingen nu gör gällande, det visar också att anbudsgivarna har behandlats olika i strider mot 1 kap. 9 LOU. Upphandlingen ska därför göras om även på denna grund. Arbetsförmedlingens agerande är inte ”ett olyckligt förbiseende” utan en klar olikabehandling av anbudsgivarna och förmedlingens beskrivning av omständigheterna innebär ett vitsordande av en överträdelse av LOU i upphandlingen. Jobbgiganten yrkar inte att AcadeMedia Eductus ABs anbud ska förkastas.

Bolaget ifrågasätter även att det kan vara proportionellt att uppställa ett krav på att en offererads samordnares erfarenhet måste beskrivas på individnivå.

Kravet är oproportionellt och upphandlingen ska göras om även på denna grund. Didaktus Utbildningar AB:s anbud har utvärderats. I deras anbud redovisas samordnarens erfarenhet per individ, men det som anges om erfarenheten under varje samordnare är en exakt upprepning av text. Att informationen lämnas på individnivå tillför inte anbudet något mer än den samlade beskrivning som Jobbgiganten har lämnat i sitt anbud. Det understryker det orimliga i påståendet att kravet i punkt 3.7 ska uppfattas på det sätt som Arbetsförmedlingen nu gör gällande samt visar att kravet knappast kan vara proportionellt.

Utvärderingsmodellen i förfrågningsunderlaget är otydligt vad gäller poängskala och information om vad som ska tillmätas betydelse. Denna otydlighet strider mot 1 kap. 9 LOU. Eftersom Jobbgigantens anbud har förkastats och inte utvärderats saknar bolaget kunskap om hur dess anbud skulle ha bedömts efter utvärderingsmodellen och riskerar att lida skada av denna otydlighet. Jobbgiganten instämmer i, och åberopar, vad som anförs i ansökan om överprövning i mål 2748-11 avseende avsaknaden av mätbara kriterier i förfrågningsunderlaget och att Arbetsförmedlingen tillskapat sig fri prövningsrätt samt att förfrågningsunderlaget brister i transparens till stöd för andrahandsyrkandet att upphandlingen i sin helhet ska göras om.

Arbetsförmedlingen bestrider bifall till ansökan eftersom bedömningen är riktig och inte står i strid med reglerna i LOU och utvecklar sin ståndpunkt. I förfrågningsunderlaget anges uttryckligen ”Information som visar att samordnaren har den erfarenhet som efterfrågas.” Mot bakgrund av det aktuella skall-kravets lydelse samt det faktum att anbuden utvärderas per leveransort/upphandling är det uppenbart att en individuell beskrivning av respektive samordnares erfarenhet krävs. Bolaget har inte i sitt anbud lämnat information som visar att samordnaren har den erfarenhet som efterfrågas. Att godkänna Bolagets generella beskrivning av samordnarna skulle innebära att Arbetsförmedlingen, i strid med kravet på förutsebarhet, avvi-

ker från ett uppställt krav förfrågningsunderlaget. Arbetsförmedlingens formulering i tilldelningsmeddelandet är inte ett tillägg av ett krav utan en ytterligare förklaring till motiveringen i bilaga 2 "Visar inte att samordnaren har efterfrågad erfarenhet". Beskrivningar av samordnarnas erfarenheter har godtagits, under förutsättning att de har visat att samordnaren har den erfarenhet som efterfrågas.

Arbetsförmedlingen vitsordar att AcadeMedia Eductus AB anbud har utvärderats och att det är ett olyckligt förbiseende vid utvärderingen. AcadeMedia Eductus anbud borde ha hanterats på samma sätt som Jobbgigantens anbud och borde rätteligen ha förkastats. Om domstolen *inte* finner att Jobbgigantens anbud felaktigt har förkastats kommer Arbetsförmedlingen att korrigera upphandlingen på grund av den nämnda felaktigheten. Bolaget, vars anbud förkastats redan på kvalificeringsstadiet, kan inte lida skada på grund av påstådda brister i utvärderingsmodellen. Bolagets tilläggsyrkande omfattar "upphandlingen i sin helhet", ett begrepp som inte kan innefatta områden där bolaget inte lämnat anbud.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

1 kap. 9 § LOU har följande lydelse. Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 5 § LOU anges 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 lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap 5 § LOU.

Upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet. Förfrågningsunderlaget ska vara formulerat på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. Kraven på leverantören och kraven i kravspecifikationen måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. De krav som ställs ska vara både lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet med kravet.

I förfrågningsunderlaget under punkt 3.7 Samordnare informeras om att en samordnare - som leverantören **skall** ha - kan ansvara för maximalt tio medarbetare (200 deltagare, se kap 3.5) och anges att anbudet **skall** innehålla information om vem eller vilka som är samordnare och visa att samordnaren har den erfarenhet som efterfrågas. Frågan ”Uppfyller anbudsgivaren ovanstående skall-krav genom sin beskrivning” ska besvaras med ja eller nej. Arbetsförmedlingen har på den publika frågan om upphandlaren enbart vill ha en beskrivning av samordnarens erfarenhet eller även samordnarens CV svarat att ”Anbudsgivaren väljer själv hur denne vill presentera informationen”.

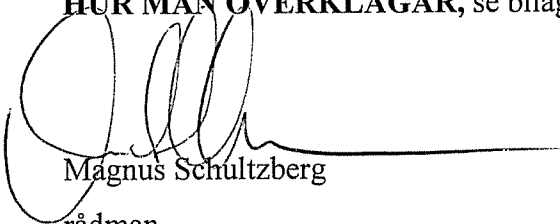
I punkt 3.6 Personella resurser och kompetenskrav anges bl a att anbudsgivarens **skall** ha tillgång till personalresurser som uppfyller nedan angivna kompetenskrav och att arbetsförmedlingen inte efterfrågar namn och CV/meritförteckning förrän inför avtalstecknande.

Kravet när det gäller efterfrågad erfarenhet för samordnaren är att den ska visas, på vilket sätt anges inte närmare. Det innebär att anbudsgivaren har

stort utrymme att beskriva och marknadsföra sin tjänst på ett kreativt, fritt och i konkurrenshänseende adekvat sätt.

Förvaltningsrätten finner att förfrågningsunderlaget avseende punkt 3.7 Samordnare är tillräckligt tydligt och förutsebart. Det har inte, genom Jobbgigantens argumentation, framkommit att Arbetsförmedlingen vid sin bedömning i kvalificeringsfasen har frångått vad som angetts i förfrågningsunderlaget avseende krav på visad erfarenhet när det gäller samordnare. Upphandlande myndighet är fri att själv bestämma föremålet för upphandlingen, kvalitetsnivåer, prestanda m.m. som ska gälla för upphandlingen så länge det sker inom ramen för gemenskapsrätten och bl a proportionalitetsprincipen. Förvaltningsrätten kan, mot bakgrund av upphandlingens mål och syfte och samordnarens beskrivna roll, inte finna att det strider mot proportionalitetsprincipen att utforma skall-kravet i punkt 3.7 Samordnare på det sätt som gjorts. Arbetsförmedlingen har haft grund för att förkasta Jobbgigantens anbud. Bolaget, som konstaterats inte uppfylla uppställt skall-krav, kan därmed inte anses ha lidit skada och bolagets ansökan kan därför inte vinna bifall. Mot den bakgrunden finner förvaltningsrätten inte skäl att pröva Jobbgigantens övriga invändningar mot upphandlingen. Att Arbetsförmedlingen medger att en annan leverantörs anbud borde ha förkastats utgör inte grund för ett annat ställningstagande eftersom anbudsgivare kvalificerar sig, eller förkastas, individuellt på "egna meriter" oberoende av andra anbuds utformning. Skäl för ingripande enligt LOU saknas och ansökan om överprövning ska avslås.

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



Magnus Schultzberg
rådman

Föredragande har varit Kerstin Sandin.



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 uppgive 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