

KLAGANDE

Intresseföreningen MellanMålet, 802423-0495

Ombud:
Advokat Per-Olof Jönsson
Gliavägen 71
168 58 Bromma

MOTPART

Arbetsförmedlingen
Juridiska avdelningen
113 99 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Stockholms läns dom den 11 december 2008 i mål nr
22941-08

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU;
fråga om avskrivning m.m.

I skrivelse, som kom in till kammarrätten den 19 januari 2009, överklagar
Intresseföreningen MellanMålet (MellanMålet) länsrättens dom.

Enligt till kammarrätten lämnad information från Arbetsförmedlingen och
ingivna kopior av avtal har avtal i den aktuella upphandlingen tecknats med
samtliga leverantörer den 22 december 2008.

MellanMålet har i anledning av denna uppgift beretts möjlighet att
inkomma med yttrande, och härvid angivit bl.a. följande. MellanMålet
yrkar, under återkallande av tidigare yrkande i sak, men inom den
processuella ramen för dessa, nu istället
att kammarrätten beviljar MellanMålet prövningstillstånd i målet på tidigare
angivna grunder, och
att kammarrätten därvid, utan prövning i sak, förklarar att Arbetsförmed-
lingens åtgärd 2008-12-22 att teckna avtal under pågående ej avslutat

upphandlingsförfarande med leverantörer, oaktat det upphävda inhibitionsbeslutet, står i strid med de grundläggande bestämmelserna i eller bakom lagen 2007:1091 om offentlig upphandling, och att MellanMålet därför, om föreningen kan visa att man lidit skada till följd av Arbetsförmedlingens åtgärd, är berättigad att jämlikt 16 kap. 5 och 6 §§ samma lag väcka talan i allmän domstol för uppkommen skada, att kammarrätten därför förpliktigar Arbetsförmedlingen att ersätta dess kostnader för överklagandeförfarandet med skäliga 20 timmar à 1 700 kronor exklusive moms eller 34 000 kronor exklusive moms för ombudskostnader i processen i länsrätten och kammarrätten, eller att kammarrätten återförvisar målet till länsrätten för förnyad prövning i nu angivet hänseende.

MellanMålet har härefter hemställt att rätten uttalar att Arbetsförmedling Stockholm handlat i strid med LOU genom att tio dagar efter länsrättens dom teckna avtal i enlighet med sitt eget beslut istället för att avvakta den tid inom vilken en dom får överklagas. Till stöd för sin talan anför MellanMålet bl.a. följande. Syftet med tiodagarsregeln är just att en anbudsgivare ska kunna ta tillvara sin rätt att ansöka om överprövning av ett tilldelningsbeslut. Detta måste anses inbegripa rätten att i enlighet med förvaltningsprocesslagen föra talan vidare. Allmänna regler om doms rättskraft och rättsverkan bör gälla. Den del av länsrättsdomen som innebär att länsrätten upphäver sitt interimistiska beslut bör därför inte ges rättsverkan förrän tiden för överklagande gått till ända och inget överklagande skett.

SKÄL

Av 16 kap. 1 § tredje stycket LOU framgår följande.

Vid annan upphandling än direktupphandling får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess tio dagar gått från det att

1. den upphandlande myndigheten lämnat underrättelse enligt 9 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller

2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

Av handlingarna i målet framgår att länsrätten upphävde sitt interimistiska beslut den 11 december 2008 och att Arbetsförmedlingen den 22 december 2008 har tecknat avtal i den i målet aktuella upphandlingen i enlighet med tilldelningsbeslutet av den 6 november 2008. MellanMålets överklagande av länsrättens dom kom in till kammarrätten först den 19 januari 2009, det vill säga efter tiodagarsfristens utgång och efter det att avtal tecknats. Vid dessa förhållanden är kammarrätten förhindrad att överpröva den aktuella upphandlingen och överklagandet, inklusive yrkandet om återförvisning, skall därför avskrivas från vidare handläggning.

Vad gäller MellanMålets övriga yrkanden är det frågor som allmän förvaltningsdomstol inte är behörig att pröva. Dessa yrkanden skall därför avvisas.

BESLUT

Kammarrätten avskriver överklagandet från vidare handläggning.

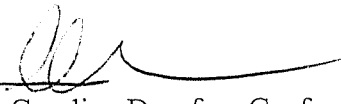
Kammarrätten avvisar övriga yrkanden.

HUR MAN ÖVERKLAGAR (formulär 1) se bilaga.



Gerhard Gammer

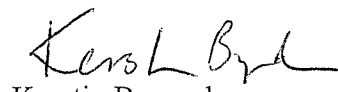
kammarrättsråd



Caroline Dyrefors Grufinan

kammarrättsråd

referent



Kerstin Bynander

tf assessor

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2008-12-11
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
22941-08
Rotel 224

Sida 1 (7)

AB 20

SÖKANDE

Intresseföreningen MellanMålet, 802423-0495
Döbelnsgatan 24
113 52 Stockholm

Ombud: Advokat Per-Olof Jönsson
Advokat Per-Olof Jönsson AB
Gliavägen 71
168 58 Bromma

MOTPART

Arbetsförmedlingen
Juridiska avdelningen
113 99 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan.

Länsrättens interimistiska beslut den 17 november 2008 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 387884

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: lansrattenistockholm@dom.se		

I tilldelningsbeslut den 6 november 2008 (diariern Af-2008/099758) meddelade Arbetsförmedlingen sin avsikt att teckna avtal gällande Försöksverksamhet med alternativa insatser för långtidssjukskrivna för upptagningsområdet Stockholm med följande leverantörer: Stiftelsen Väddö Södertörn Folkhögskola, Alma Folkhögskola, Stiftelsen Fountain House, Blå Vägen, Myrorna/Frälsningsarmén samt Kompetenstorget/Medborgarskolan.

Intresseföreningen MellanMålet ansöker om överprövning och yrkar att länsrätten upptar begäran om överprövning till omedelbar prövning och att länsrätten därvid beslutar att förelägga Arbetsförmedlingen Stockholm att i första hand inte avsluta upphandlingen förrän rättelse i dess tilldelningsbeslut skett eller att i andra hand upphandlingen görs om. Till stöd för talan anförs bland annat följande. Förfrågningsunderlaget innehåller så många ottydligheter att det inte kan läggas till grund för utvärdering och tilldelningsbeslut. Dessutom finns sådana diskrepanser mellan förfrågningsunderlaget och utvärderingen att tilldelningsbeslutet inte står i samklang med de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Tilldelningsbeslutet vilar därför på skönsmässig och godtycklig grund. Förfarandet strider mot LOU:s bestämmelser om öppenhet, transparens och likabehandling. Arbetsförmedlingens utvärderingsmodell innebär att det i upphandlingen tillkommit omständigheter som, om dessa varit kända för anbudsgivarna när de utformade sina anbud, hade kunnat påverka dessas utformande. Förfarandet står därför i strid med EU-domstolens dom i mål C-331/04, punkten 32. I enlighet med förfrågningsunderlaget samt aktuella propositioner har MellanMålet redovisat nya åtgärder. Kompetenstorget redovisar inte några nya åtgärder på sätt propositioner(na) anger. Arbetsförmedlingen har därför felaktigt uteslutit MellanMålet ur tilldelningsbeslutet men samtidigt tillagt Kompetenstorget som redan har haft avtal med myndigheten i samma sak och med samma innehåll. MellanMålet har lokaler inom Stockholms stads kommungräns, vilket Stiftelsen Väddö Södertörn folkhögskolor och ABF Norrtälje saknar. Det framgår inte hur Arbetsförmedlingen kommit fram till

poängen i tilldelningsbeslutets tabell och inte heller varför MellanMålet fått betydligt lägre poäng än de sex leverantörer som antagits. Vid poängsättningen har genomgående det mer ordrikt beskrivna belönats med mer poäng än en ordknapp framställning. På så sätt har ordriktedom i beskrivningen av den egna verksamheten kommit att utgöra ett kriterium för att i praktiken erhålla tilldelning. Det sålunda införda nya kriteriet av ordriktedom har inte meddelats MellanMålet. MellanMålet har därför på ett så kortfattat sätt som möjligt beskrivit innehållet i sin verksamhet i de i upphandlingen berörda punkterna. Detta bedömningssätt står i strid med den utformning av anbudet som den upphandlande enheten på sid 15 i anbudsunderlaget har rekommenderat anbudsgivaren att använda. I sitt anbud har MellanMålet, i enlighet med de intentioner om individuellt anpassade tjänster som angetts i anbudsinvjudan, lämnat uppgifter om sina arbetsmetoder. Det är logiskt oförsvarligt att i detalj i förväg beskriva hur individuellt anpassade insatser kommer att vara anordnade. De anbudsgivare som presenterat färdiga arbetsmodeller och planer har, helt i strid med det klart angivna målet med en helt individuell anpassning, tilldelats höga poäng. Enligt upphandlingserbjudan är det just sådana planer som inte skulle användas i denna upphandling av alternativa insatser. MellanMålet uppfyller samtliga krav och Arbetsförmedlingens poängbedömning av MellanMålet är därför felaktig och skönsmässig. Efter nytt tilldelningsbeslut från upphandlande enhet överstiger antalet deltagare det antal som angetts i anbudsförfrågan. I och med beslutet har grunderna för den antalsbegränsning som angetts i anbudsförfrågan fallit bort och för att beslutet ska vara förenligt med reglerna om likabehandling, icke-diskriminering och transparens, ska MellanMålet vara berättigad till tilldelning.

Arbetsförmedlingen bestrider bifall till ansökan om överprövning. Till stöd för talan anförs i huvudsak följande. Länsrätten i Stockholm har i domen den 28 oktober 2008 i mål nummer 20089-08 avgjort MellanMålets ansökan om överprövning. Målet rörde samma upphandling som nu är föremål

för MellanMålets ansökan om överprövning. Rätten beslutade i sin dom att lämna MellanMålets ansökan om överprövning utan bifall. Vad MellanMålet har anfört i nu aktuell ansökan om överprövning är i sak inget nytt. Arbetsförmedlingen får därför hänvisa till vad som anförts i tidigare mål i dessa delar. Vad gäller det nya tilldelningsbeslutet fattat den 6 november 2008 så har inget ändrats i utvärderingen av de olika anbuden. Länsrätten dömde dock i mål 20070-08 (dom meddelad den 4 november 2008) att Kompetenstorget/Medborgarskolans anbud inte kunde ställas utanför den prövning som då gjordes. Den rättelse som vidtagits i nu aktuellt tilldelningsbeslut är alltså att även Kompetenstorget/Medborgarskolans anbud har tagits med i utvärderingen, i enlighet med länsrättens dom. Detta har dock inte påverkat poängtilldelningen för övriga anbud som tagits med i utvärderingen. Vad MellanMålet anfört i denna del är således inte korrekt. Den i förfrågningsunderlaget uppgivna totalvolymen 100 deltagare kommer inte att överskridas trots att även Kompetenstorget/Medborgarskolan tilldelas uppdraget. Arbetsförmedlingen avser att teckna avtal med Kompetenstorget /Medborgarskolan (20 deltagare), Stiftelsen Vaddö Södertörn Folkhögskola (20 deltagare), Alma Folkhögskola (20 deltagare), Stiftelsen Fountain House (5 deltagare), Blå Vägen (20 deltagare) och Myrorna /Frälsningsarmén (15 deltagare).

MellanMålet vidhåller sin talan och anför vidare att anbudsunderlaget på sid 8 anger att en kortfattad beskrivning ska lämnas. I anbudsunderlaget har tydligt framhållits att upphandlingen avser tjänster med långtgående individuell anpassning. I punkten 3.5.1 begärs att ett produktblad ska inges. Ett produktblad är en i förväg sammanställd beskrivning av en standardiserad och seriemässigt levererad tjänst. Kravet på ingivande av produktblad strider mot upphandlingens krav i övrigt på individuell anpassning av tjänsterna med hänsyn till klienterna. Utformningen av kriterierna i den aktuella upphandlingen är sådana att dessa genom Arbetsförmedlingens anbudsfrågan inte varit tillräckligt väl kända för anbudsgivarna. Det har inte till-

räckligt klart framgått omfattningen av de beskrivningar som enligt förfrågningsunderlaget 3.4 a till 3.4 h skulle lämnas. I förfrågningsunderlaget finns även en felnumrering. På grund av dessa fel i förfrågningsunderlaget har MellanMålet vilseletts om hur omfattande presentation som erfordrades. Detta fel i anbudsunderlaget är inte heller sådant att det bör tålas av anbudsgivaren, vilket framgår av EU-rättens proportionalitetsprincip. EU-domstolens dom nr C-331/04 uttalar att det strider mot gemenskapsrätten om ett kriterium innehåller omständigheter som, om dessa varit kända för anbudsgivarna när de utformade sina anbud, hade kunnat påverka detta utformande. Detta uttalande skiljer sig från den läsning som återfinns i prop 2006/07:128 sid 155, vilket även lett till Regeringsrättens uttalande i sitt mål 2002 ref 50 om att vissa felaktigheter i den upphandlande enhetens hantering skulle tålas. Detta motivuttalande strider mot EU-rätten.

Arbetsförmedlingen genmäler att det tydligt framgår av sid 8 i förfrågningsunderlaget att vad som avses är beskrivning av företaget/föreningen och dess verksamhet och inte att anbudet ska vara kortfattat. Under punkt 1 och 2 i förfrågningsunderlaget finns en utförlig beskrivning av tjänsten som upphandlas. Av båda punkterna framgår även syftet och målsättningen med tjänsten. Produktbladets syfte och innehåll framgår klart av punkten 3.5.1, samt punkterna 5.1, 5.2 och 5.3. Produktbladet utgjorde inte grund för bedömningen, som MellanMålet vill göra gällande. Arbetsförmedlingen publicerade den 7 juli 2008 ett förtydligande på myndighetens hemsida, med anledning av den felaktiga numreringen i förfrågningsunderlaget. Punkt 7.4 i förfrågningsunderlaget anger att det åligger leverantören att kontinuerligt besöka Arbetsförmedlingens hemsida för att hålla sig uppdaterad under pågående upphandling. Det har således ålegat MellanMålet att hålla sig uppdaterad under anbudstidens gång för eventuella ändringar och förtydliganden som rör upphandlingen. Utvärderingen, kriterier och viktning framgår även av bilaga 1 samt av sid 11 i förfrågningsunderlaget. Arbetsförmedlingen har i förfrågningsunderlaget tydligt redovisat vad som utvär-

deras (kriterier) och hur dessa kriterier viktas. Vidare framgår det klart att betygssättningen i de tre betygsnivåerna sker utifrån hur väl anbudsgivarens beskrivning under punkt 3.5 a-h bedöms motsvara tjänsten som efterfrågas. MellanMålet har i sitt yttrande anfört att RÅ 2002 ref 50 samt uttalanden i prop 2006/07:128 sid 155 skulle stå i strid med EG-rätten och hänvisat till dom i mål C-331/04. Arbetsförmedlingen har tydligt visat att det inte är fråga om kriterier som inte varit tillräckligt väl kända för anbudsgivarna och att förfrågningsunderlaget inte har varit otydligt på något sätt. Den felaktiga numreringen har rättats till genom publicering på Arbetsförmedlingens hemsida. Vad gäller uttalandet i ovanstående dom anser inte Arbetsförmedlingen att gemenskapsrätten träfts för när.

MellanMålet invänder bland annat följande. MellanMålet har i sitt anbud helt efterföljt anvisningarna i förfrågningsunderlaget. Vid utvärderingen har MellanMålets poäng sänkts med hänsyn till att MellanMålet avstått från att till exempel i punkterna 3.4 a-h beröra annat än det som efterfrågats i punkterna. MellanMålet har avstått från att lämna annan information än den som enligt punkterna a-h skulle ha betydelse för prövningen. Arbetsförmedlingen har i sitt yttrande angivit att det produktblad som enligt 3.5 i anbudsförfrågan i form av ett skallkrav ska höra till anbudet inte utgör någon grund för bedömningen av anbudet. Därigenom kommer detta skallkrav att utgöra ett krav som står i strid med proportionalitetsprincipen eftersom det innebär att anbudsgivaren redan i anbudet ska prestera något som enbart är erforderligt under löpande avtal i den mån tilldelning erhålls.

Länsrätten beslutade den 17 november 2008 att Arbetsförmedlingen tills vidare inte fick avsluta upphandlingen.

DOMSKÄL

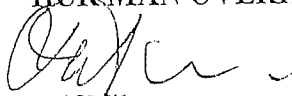
Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande enhet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på

ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidighet, kännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap. 2 § samma lag ska rätten, 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, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Länsrätten har i dom den 28 oktober 2008 (mål nr 20089-08) i allt väsentligt tagit ställning till de anmärkningar MellanMålet riktat mot Arbetsförmedlingens upphandling och konstaterade bland annat att Arbetsförmedlingen, med beaktande av de skall-krav som finns angivna i förfrågningsunderlaget, inte brutit mot de grundläggande principerna som uppställs i LOU genom att utvärdera de anbud man gjort, att den tjänst som ska upphandlas är av sådan art att den inte låter sig i detalj beskrivas och att förfrågningsunderlaget innehåller vissa brister i tydlighet men att dessa brister inte är så allvarliga att förfrågningsunderlaget vid en helhetsbedömning ansågs strida mot LOU (RÅ 2002 ref. 50) och att betyg mellan ett till tre för varje enskilt kriterium som sedan multipliceras med kriteriets viktning vid utvärderingen innebär ett visst mått av subjektiv bedömning men att det får godtas såvida denna inte innebär avsteg från någon av LOU:s grundläggande principer, vilket inte ansågs vara fallet. – Vad MellanMålet anfört i dessa delar föranleder inte länsrätten att frångå den bedömning som länsrätten tidigare gjort. Inte heller vad MellanMålet i övrigt anfört visar att Arbetsförmedlingens upphandling strider mot LOU eller att gemenskapsrätten trätts för när. Ansökan ska därför avslås.

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



Leif Nilsson

rådman

Föredragande har varit Diana Lagercrantz.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

