



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM

2020-03-11

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (16)

Mål nr

23226-19

SÖKANDE

Göteborgs Kyrkliga Stadsmission Bistånd och Entreprenad AB,
556746-3038

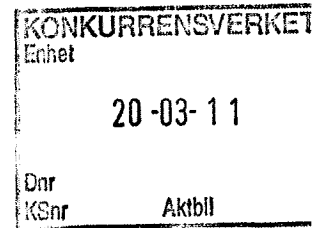
Ombud: Advokaterna Amir Daneshpip och Christian Martinsson
Reuterman Advokatbyrå AB
Drottninggatan 22
411 14 Göteborg

MOTPART

Arbetsförmedlingen
113 99 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1188706

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: avd31.fst@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	-	måndag–fredag 08:00–16:00

BAKGRUND

Arbetsförmedlingen genomför en upphandling benämnd Arbetsintegrerande övningsplatser nationell, Af-2018/0046 3654. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Upphandlingen avser samtliga län i Sverige förutom Gävleborgs län och varje leveransområde ska enligt upphandlingsdokumentet uppfattas som en egen upphandling. Arbetsförmedlingen avser att teckna ramavtal med samtliga leverantörer vars anbud uppfyller ställda krav.

I punkt 3.3 i upphandlingsdokumentet anges bl.a. följande. Upphandlingen är reserverad för leverantörer som uppfyller nedanstående krav, vilka ska vara uppfyllda vid anbudslämning. Leverantören ska utgöra en skyddad verkstad eller vara en leverantör vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden (*verksamhetskrav*). Minst 30 procent av de som sysselsätts i den skyddade verkstaden, hos leverantören eller i programmet för skyddad anställning, är personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden (*andelskrav*). Anbudsgivaren ska styrka att denne är kvalificerad att delta i denna reserverade upphandling genom att bifoga till exempel stadgar, bolagsordning eller motsvarande styrdokument, årsredovisning eller annan lämplig dokumentation till anbudet. Dokumentationen ska visa att leverantören uppfyller såväl verksamhetskravet som andelskravet.

Göteborgs Kyrkliga Stadsmission Bistånd och Entreprenad AB (GKS) har lämnat anbud för leveransområde Västra Götaland. Arbetsförmedlingen har bedömt att GKS:s anbud inte uppfyller verksamhetskravet och förkastat anbudet.

YRKANDEN

GKS ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas genom en ny utvärdering där anbudet från **GKS** ska ingå. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Arbetsförmedlingen yrkar att ansökan ska avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU 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.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grund av vad sökanden har framfört i målet finns grund för att ingripa mot upphandlingen enligt 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 är det inte tillräckligt att sökanden anser sig lida skada eller kunnat komma att lida skada, utan

sökanden ska också visa att så varit fallet på grund av de brister som påtalats (HFD 2013 ref. 53).

Enligt 4 kap. 18 § LOU får en upphandlande myndighet för en upphandling 1. reservera deltagandet för skyddade verkstäder eller för leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden, eller 2. föreskriva att ett kontrakt ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning. En förutsättning för att en leverantör ska få delta i en sådan upphandling är att minst 30 procent av dem som sysselsätts i den skyddade verkstaden, hos leverantören eller i programmet för skyddad anställning är personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden.

Genom 4 kap. 18 § LOU genomförs artikel 20.1 i direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet). Av förarbetena till paragrafen framgår bl.a. följande. När det gäller leverantörens syfte med verksamheten uppställer inte direktivet något krav på att leverantören ska ha en särskild associationsrättslig form eller företagsstruktur. Enligt direktivet ska social och yrkesmässig integration vara leverantörens främsta syfte. Det får därför inte råda några tveksamheter om att verksamhetens övergripande syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden. Bedömningen av om villkoren är uppfyllda ska göras utifrån det underlag som leverantören har gett in i form av exempelvis bolagsordning eller stadgar. Bedömningen av om andelskravet är uppfyllt ska göras i förhållande till leverantörens verksamhet i dess helhet (se prop. 2015/16:195 s. 461–462). Vidare anges i förarbetena att ordalydelse i direktivets artiklar inte ger stöd för något annat än att kravet på verksamhetens syfte tar sikte på verksamheten i dess helhet. Detta innebär att även om det rör sig om en leverantör där

endast 30 procent av arbetstagarna är personer med funktionsnedsättning ska verksamheten i dess helhet ha det ovan beskriva syftet som det främsta syftet (se SOU 2014:51 s. 55).

Vad innebär verksamhetskravet?

GKS har framfört att Arbetsförmedlingen har gjort en felaktig bedömning avseende innebörden av verksamhetskravet. Förvaltningsrätten har därmed inledningsvis att pröva om Arbetsförmedlingens tolkning av verksamhetskravet (punkt 3.3 i upphandlingsdokumentet) är i enlighet med LOU.

GKS har i denna del anfört bl.a. följande. GKS bedriver sociala företagsverksamheter som syftar till social och yrkesmässig integration av personer som antingen står långt ifrån arbetsmarknaden eller som har någon form av funktionsnedsättning. Arbetsförmedlingens tolkning av verksamhetskravet, dvs. att kravet ska gälla hela den juridiska personens verksamhet och att det därför inte är möjligt att dela upp verksamheten, har inte stöd i LOU eller dess förarbeten. Vad som anges i SOU 2014:51 avseende ”verksamheten i dess helhet” ska förstås som att andelskravet ska sättas i relation till den aktuella verksamheten vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration. I förarbetena anges tydligt att det inte krävs att hela syftet med verksamheten är social och yrkesmässig integration utan att det som förenar leverantörerna är syftet med deras verksamheter, hela eller delar av dem.

Arbetsförmedlingen har satt likhetstecken mellan begreppet ”leverantör” och ”juridisk person” på grund av uppfattningen att verksamhetskravet omfattar hela den juridiska personens verksamhet. Leverantör i LOU motsvarar begreppet ekonomisk aktör i LOU-direktivet och ska därför tolkas mycket vitt. Arbetsförmedlingens tolkning innebärande att en leverantör måste vara en juridisk person, dvs. att en leverantör inte kan vara en verksamhet inom en juridisk person, är felaktig. Detta blir särskilt tydligt

när det i LOU-direktivet anges att andra former av enheter som inte är fysiska personer, alldeles oavsett om de är juridiska personer, offentliga eller privata, omfattas av begreppet ekonomisk aktör. Det framgår inte heller i direktivet att skyddade verkstäder eller sociala företag ska vara juridiska personer. En enhet som bedriver en viss verksamhet behöver inte heller vara en egen juridisk person för att klassificeras som ett företag. Ett företag kan mycket väl vara en del av en juridisk person. Detta innebär att en avgränsad enhet inom en juridisk person, där verksamheten skiljer sig från vad den juridiska personen gör i övrigt, ska klassificeras som en leverantör enligt 4 kap. 18 § LOU. Arbetsförmedlingens tolkning av begreppet leverantör har begränsat konkurrensen på ett otillbörligt sätt i strid med LOU.

Med den tolkning som Arbetsförmedlingen gör beträffande verksamhetskravet hade GKS:s sociala företagsverksamheter erhållit tilldelning om verksamheterna hade bedrivits i egna juridiska personer. Detta innebär att potentiella anbudsgivare behöver se över sin organisationsstruktur och anpassa redan fungerade verksamheter. Detta kan inte ha varit lagstiftarens mening.

Arbetsförmedlingen har anfört bl.a. följande. Kravet i punkt 3.3 i upphandlingsdokumentet har formulerats i enlighet med 4 kap. 18 § LOU. Såväl LOU-direktivet som LOU och förarbetena till bestämmelsen ger stöd för att det är verksamheten som helhet som ska bedömas när det avgörs om verksamhetskravet är uppfyllt. I 4 kap. 18 § LOU och i artikel 20.1 i LOU-direktivet anges att det är verksamhetens främsta syfte som avses. I förarbetena används också begreppet övergripande syfte. Detta kan inte tolkas på annat sätt än att den verksamhet som utgör social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden måste vara så pass omfattande att den kan anses utgöra verksamhetens främsta syfte i förhållande till hela verksamheten.

Möjligheten att reservera kontrakt innebär ett avsteg från likabehandlingsprincipen eftersom ett stort antal leverantörer inte kan komma ifråga för det aktuella kontraktet. Mot den bakgrunden finns det skäl att göra en restriktiv tolkning av vad som krävs för att uppfylla kraven för att vara ett socialt företag. Det förefaller därmed mest förenligt med de grundläggande principerna att bedöma verksamhetskravet utifrån leverantörens hela verksamhet. Om det skulle vara möjligt för en leverantör att uppfylla verksamhetskravet genom att endast en mindre del av verksamheten uppfyllde kravet, skulle syftet med reserverade kontrakt riskera att gå förlorat. Ett företag skulle då kunna ha en enda person som har till sin uppgift att arbeta med social och yrkesmässig integration och definiera denna verksamhet som en egen enhet och på så sätt uppfylla kravet.

En verksamhetsdel omfattas inte heller av begreppet ekonomisk aktör enligt LOU-direktivet och kan därför inte betraktas som en leverantör i upphandlingsrättslig mening. Begreppet leverantör har inte getts en snävare innebörd än vad som följer av lagtexten och konkurrensen har inte heller begränsats på ett otillbörligt sätt. Även om GKS:s arbetsintegrerande sociala företagsverksamhet skulle vara en leverantör i upphandlingsrättslig mening, vilket bestrids, är det GKS som har lämnat anbud varför det är GKS:s verksamhet som ska bedömas. Det relevanta är således att avgöra om GKS:s främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten konstaterar att verksamhetskravet i punkt 3.3 i upphandlingsdokumentet är ett obligatoriskt krav som leverantören måste uppfylla för att kunna kvalificeras i upphandlingen. Kravet är vidare till sin ordalydelse i överensstämmelse med bestämmelsen i 4 kap. 18 § LOU.

Redan av bestämmelsens ordalydelse framgår att den avser bl.a. skyddade verkstäder och leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning och av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden. Det framgår vidare uttryckligen av förarbetena att det inte får råda något tvivel om att verksamhetens övergripande syfte är social och yrkesmässig integration av de grupper som anges i bestämmelsen. Bestämmelsen innebär att vissa leverantörer av sociala hänsyn får positivt särbehandlas och har som syfte att möjliggöra för de leverantörer som åsyftas att tilldelas kontrakt som de annars skulle sakna möjlighet till att få under normala konkurrensförhållanden (jfr skäl 36 i LOU-direktivet). Med hänsyn till vad som anges i direktivet och förarbetena till lagen anser förvaltningsrätten att lagstiftarens syfte med verksamhetskravet måste vara att det ska gälla leverantörens verksamhet i sin helhet. Vad GKS:s har anfört utgör inte skäl för en annan bedömning. Enligt förvaltningsrättens mening utesluter dock verksamhetskravet inte automatiskt leverantörer som även bedriver annan verksamhet, så länge leverantören kan visa att det främsta syftet med leverantörens verksamhet är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning och personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden.

GKS har även gjort gällande att Arbetsförmedlingen har gett begreppet leverantör en alltför snäv innebörd och att detta begränsar konkurrensen på ett otillbörligt sätt. Förvaltningsrätten konstaterar att det är GKS som har gett in anbudet, varför frågan om verksamhetskravet är uppfyllt ska prövas mot GKS:s hela verksamhet. Vad GKS har anfört i denna del innebär således inte att det finns skäl för ingripande enligt LOU.

Är verksamhetskravets utformning i strid med LOU?

GKS har också framfört att upphandlingen ska göras om i det fall rättelse inte kan ske, på grund av att verksamhetskravet är otydligt och i strid med

transparensprincipen. Förvaltningsrätten har därmed att pröva om utformningen av verksamhetskravet kan anses vara i strid med LOU mot bakgrund av vad GKS har framfört.

GKS har anfört bl.a. följande. Det är oklart vilka leverantörer som kan anses uppfylla verksamhetskravet och på vilket sätt detta ska styrkas. Även om det är lagtexten i 4 kap. 18 § LOU som anges kan inte en otydlig lagtext, införd som ett obligatoriskt krav i ett förfrågningsunderlag, anses uppfylla kravet på transparens. Det måste av förfrågningsunderlaget framgå vad det är som efterfrågas och vad som har betydelse för den bedömning som ska göras. De många turerna beträffande kvalificering och diskvalificering av anbudsgivare samt rättade tilldelningsbeslut som Arbetsförmedlingen har gjort kan inte förstås på annat sätt än att även Arbetsförmedlingen har varit osäker på hur punkt 3.3 i upphandlingsdokumentet och 4 kap. 18 § LOU ska förstås. För det fall Arbetsförmedlingen hade klargjort vad som avsetts med kravet hade anbudsgivarna kunnat anpassa sin verksamhet och upprättat ett anbud som hade uppfyllt verksamhetskravet. I förevarande fall har den otydliga kravformuleringen gett Arbetsförmedlingen ett stort utrymme för godtycklighet och i princip fri prövningsrätt.

Arbetsförmedlingen har anfört bl.a. följande. Verksamhetskravet i upphandlingsdokumentet är inte otydligt. Formuleringen av kravet är direkt hämtad från 4 kap. 18 § LOU och är således ingen formulering som Arbetsförmedlingen har tagit fram på egen hand. Av kravet går inte att utläsa att det är tillräckligt att en delverksamhet hos en leverantör har det aktuella syftet. GKS har inte heller ställt en fråga om detta under tiden för "Frågor och svar". Även om kravet skulle anses som något otydligt, måste även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade godtas under förutsättning att det inte bryter mot de principer som bär upp det upphandlingsrättsliga regelverket.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Kraven i punkt 3.3. i upphandlingsdokumentet anger de förutsättningar som måste vara uppfyllda för att få lämna anbud i en reserverad upphandling såsom de anges i 4 kap. 18 § LOU. Det framgår även tydligt att leverantören ska visa att kravet uppfylls genom att bifoga exempelvis stadgar, bolagsordning, årsredovisning eller liknande dokument. Kravet kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses stå i strid med transparensprincipen. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt LOU mot bakgrund av vad GKS har anfört i denna del.

Uppfyller GKS verksamhetskravet?

GKS har för att visa att kravet uppfylls, till sitt anbud bifogat dokumenten ”VP 2019 Arbetsintegration”, ”Bolagsordning Bistånd AB”, Andelskrav löneanst-lönebidrag” och ”Reserverad Upphandling Beskrivning”. Dokumentet ”VP 2019 Arbetsintegration” tillsammans med ytterligare ett dokument med rubriken ”5.2.1 Kvalitetskriterier: Beskrivning av verksamhet” har getts in till förvaltningsrätten. Av det första dokumentet framgår bl.a. följande. Stiftelsens mission är att i samverkan med bl.a. Svenska Kyrkans församlingar utföra kärlekens gärningar genom att framförallt bedriva hjälpverksamhet bland behövande. Stiftelsen ska främja vård och uppfostran av barn och verksamheten ska bl.a. bedrivas genom social hjälpverksamhet och humanitärt biståndsarbete bland fattiga och sjuka, svaga och utsatta samt unga och gamla. Verksamhetsområdet arbetsintegration ska erbjuda tjänster inom det arbetsmarknadspolitiska området med syfte att få fler människor i egen försörjning genom arbete. Detta sker genom kvalificerad verklighetsnära arbetsträning, arbetsprövning, praktik och i förekommande fall anställning av personer med arbetshinder och funktionsnedsättning samt personer i behov av anpassning/stöd som står långt ifrån arbetsmarknaden. Av det andra dokumentet framgår bl.a. att

GKS erbjuder arbetsintegrerade övningsplatser i reell miljö inom ett flertal områden och att arbetsuppgifterna och arbetsmiljön i respektive verksamhet är anpassad till deltagarens individuella behov.

Frågan är om GKS genom de till anbudet bifogade dokumenten visat att verksamhetskravet i punkt 3.3 i upphandlingsdokumentet är uppfyllt.

GKS har anfört bl.a. följande avseende kravets uppfyllelse. GKS:s arbetsintegrerande sociala företagsverksamhet utgör en leverantör i LOU:s mening. Verksamhets- och andelskriterierna i 4 kap. 18 § LOU ska bedömas i förhållande till den verksamhet som den arbetsintegrerande sociala företagsverksamheten bedriver, och inte övriga verksamheter som GKS bedriver i egenskap av juridisk person. Det är ovidkommande huruvida GKS även bedriver annan verksamhet, som inte omfattas av verksamhetskravet. Majoriteten av de verksamheter som GKS bedriver avser arbetsintegration. Det framgår även av bolagsordningen att bolaget ska bedriva affärsverksamhet genom att tillhandahålla vård och bistånd av olika slag till fattiga och sjuka, svaga och utsatta, unga och gamla samt bedriva därmed förenlig verksamhet. GKS har genom de bifogade dokumenten visat att verksamhets- och andelskravet uppfylls.

GKS är vidare registrerad som ett socialt företag hos Sofisam, som är ett samarbete mellan Tillväxtverket, Arbetsförmedlingen och Försäkringskassan. Tillväxtverket och Sofisam administrerar sedan år 2007 en frivillig lista över arbetsintegrerande sociala företag i Sverige. Företag som vill finnas med på listan fyller i ett formulär och skickar med stadgar/bolagsordning till Tillväxtverket som sedan avgör om företaget motsvarar definitionen av arbetsintegrerande sociala företag. De verksamheter som GKS utför avseende arbetsintegration går i linje med såväl det bakomliggande skälet till bestämmelsen om reserverade upphandlingar,

regeringens handlingsplan med tillhörande krav och de krav som ställs i punkt 3.3 i upphandlingsdokumentet.

GKS:s arbetsintegrerande sociala företagsverksamhet kan mycket väl även utgöra en skyddad verkstad. I svar på fråga 26 i ”Frågor och svar” har Arbetsförmedlingen bl.a. angett att en skyddad verkstad kan avse en arbetsplats som är speciellt anpassad för personer med funktionsnedsättning men att det också kan vara en arbetsplats anpassad för personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden av andra skäl än en funktionsnedsättning. Detta är Arbetsförmedlingens definition av skyddad verkstad och som utgör en del av förfrågningsunderlaget. På motsvarande sätt skulle GKS:s arbetsintegrerande sociala företagsverksamhet kunna utgöra en skyddad verkstad.

Arbetsförmedlingen har anfört bl.a. följande. Av GKS:s bolagsordning framgår att verksamhetens syfte är av social karaktär. Social hjälpverksamhet kan vara av skiftande slag och behöver nödvändigtvis inte vara social och yrkesmässig integration. Inte heller av verksamhetsplanen för området arbetsintegration framgår att bolaget uppfyller verksamhetskravet. I denna anges dessutom att GKS bl.a. ska bedriva social hjälpverksamhet, vilket indikerar, att även om social hjälpverksamhet inbegriper social och yrkesmässig integration så är det endast en del av den totala verksamheten som avses. Såväl bolagsordning som verksamhetsplanering ger stöd för att GKS arbetar med social integration i sin verksamhet. Av de bifogade handlingarna framgår emellertid inte att GKS främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden eller att GKS skulle utgöra en skyddad verkstad. Att GKS är registrerad som ett socialt företag hos Sofisam ändrar inte denna bedömning då det av Sofisams hemsida framgår att företagen anmäler sig själva. Listan innebär inte en

garanti för att GKS uppfyller kravet för att kunna tilldelas ett reserverat kontrakt enligt 4 kap. 18 § LOU.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i målet är ostridigt att GKS arbetar med social integration i sin verksamhet. Som ovan angetts ska emellertid leverantörens främsta syfte vara social och yrkesmässig integration av de grupper som anges i bestämmelsen. Förvaltningsrätten noterar att GKS framfört att det är GKS:s sociala företagsverksamhet som uppfyller kravet. Att GKS:s hela verksamhet skulle uppfylla verksamhetskravet har inte påståtts av GKS och framgår inte heller av de handlingar som bifogats anbudet, även om GKS angett att majoriteten av de verksamheter som GKS bedriver avser arbetsintegration. Eftersom det är GKS som i egenskap av leverantör har lämnat anbud anser förvaltningsrätten att det i målet inte är visat att leverantörens främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden.

GKS har vidare angett att GKS:s arbetsintegrerande sociala företagsverksamhet mycket väl kan vara en skyddad verkstad. Förvaltningsrätten konstaterar att det varken i lag eller förarbeten finns någon definition av vad en skyddad verkstad är. Förvaltningsrätten anser dock att GKS genom det underlag som bifogats anbudet inte visat att GKS:s verksamhet utgör en skyddad verkstad i enlighet med LOU.

Sammanfattningsvis anser Förvaltningsrätten att GKS genom det bifogade underlaget inte visat att verksamhetskravet i punkt 3.3 i upphandlingsdokumentet är uppfyllt. Arbetsförmedlingen har därför rätteligen uteslutit GKS:s anbud. Det finns därmed inte grund för ingripande mot bakgrund av vad GKS har anfört i denna del.

Har Arbetsförmedlingen handlat i strid med likabehandlingsprincipen?

GKS har gjort gällande att Arbetsförmedlingen har handlat i strid med likabehandlingsprincipen och har i denna del anfört bl.a. följande. Ett flertal anbud har erhållit tilldelning i olika leveransområden trots att anbuden inte kan anses uppfylla verksamhetskravet och andra obligatoriska krav. Ett flertal anbudsgivare har vidare inkommit med nya uppgifter till Arbetsförmedlingen efter anbudstidens utgång vilket inte ryms inom ramen för vad som är tillåtet enligt 4 kap. 9 § LOU. Flera anbudsgivare har på eget initiativ kontaktat Arbetsförmedlingen och därvid getts möjlighet att förtydliga eller komplettera sina anbud för att påvisa att verksamhetskravet uppfylls. Flera anbudsgivare som först diskvalificerats på grund av att de inte ansetts kvalificerade har efter förtydligande eller komplettering ansetts uppfylla kravet och därvid kvalificerats. Arbetsförmedlingen har i strid med principen om likabehandling inte gett GKS, som befunnit sig i samma situation, någon möjlighet att förtydliga eller komplettera sitt anbud på samma sätt. Arbetsförmedlingens agerande i form av ett stort antal rättelser genom nya tilldelningsbeslut visar på den godtycklighet som har präglat upphandlingen.

Arbetsförmedlingen har anfört bl.a. följande. Bedömningen av anbuden har inte varit godtycklig. Eftersom varje fall måste bedömas utifrån förutsättningarna för just den verksamheten som är aktuell i den enskilda upphandlingen, har bedömningen av andra anbudsgivares förutsättningar att erhålla kontrakt ingen relevans för bedömningen av GKS:s anbud och förutsättningar. Bedömningen av övriga anbud påverkar dessutom inte bedömningen av GKS:s anbud eftersom samtliga anbud som uppfyller kraven har antagits. Detta innebär att GKS inte kan anses ha lidit skada av hur andra leverantörers anbud har bedömts.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Likabehandlingsprincipen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling. Om den upphandlande myndigheten tillåter att en leverantör förtydligar en viss punkt i sitt anbud, ska den tillåta samtliga leverantörer i samma situation att göra motsvarande förtydliganden.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i upphandlingsdokumentet anges att varje leveransområde ses som en egen upphandling och anbuden utvärderas var för sig för respektive del. Arbetsförmedlingen avser vidare att teckna avtal med samtliga leverantörer vars anbud uppfyller ställda krav. GKS har lämnat anbud för leveransområde Västra Götaland. GKS kan därför endast anses lida eventuell skada i förhållande till Arbetsförmedlingens agerande avseende anbud som lämnats för leveransområde Västra Götaland. Förvaltningsrätten har som ovan angivits bedömt att Arbetsförmedlingen rätteligen har förkastat GKS:s anbud. En anbudsgivare vars anbud rätteligen har förkastats kan, enligt förvaltningsrättens mening, normalt sett inte anses lida skada till följd av felaktigheter begångna i ett upphandlingsförfarande. Det kan emellertid finnas skäl att pröva den sökande anbudsgivarens invändningar även i ett sådant fall om invändningarna skulle medföra att det inte finns något annat anbud att anta (jfr EU-domstolens dom i mål C-100/12, Fastweb SpA och Kammarrätten i Stockholms dom den 13 oktober 2015 i mål nr 6420-15). En sådan situation skulle möjliggöra en ny upphandling där GKS skulle ha möjlighet att inkomma med ett nytt anbud.

GKS har invänt mot Arbetsförmedlingens agerande avseende två anbud som antagits för leveransområde Västra Götaland. Förvaltningsrätten konstaterar att det emellertid finns ett flertal andra antagna anbud som GKS inte har framfört några invändningar mot. Vad GKS har anfört om att GKS har behandlats felaktigt i förhållande till andra anbudsgivare kan därmed inte

föranleda att GKS ska anses ha lidit eller riskerat att lida skada, eftersom resultatet av Arbetsförmedlingens agerande inte kan bli att upphandlingen ska göras om. Vad GKS har anfört i denna del kan därmed inte ligga till grund för ett ingripande enligt LOU.

Sammanfattning

Sammantaget anser förvaltningsrätten att församlingens anbud inte kan anses uppfylla kraven i punkt 3.3 i upphandlingsdokumentet och att kraven är förenliga med LOU. Arbetsförmedlingen har därmed rätteligen förkastat anbudet. GKS kan inte heller anses ha lidit eller riskerat att lida skada av Arbetsförmedlingens bedömning av andra anbud. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Johan Lundmark
Chefsrådman

Föredragande juristen Narin Demirel har föredragit målet



Hur man överklagar

FR-05

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

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

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 nyårsafton, 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.

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 rätts-tillämpningen.
- 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.