



SÖKANDE

Misa AB, 556473-5230

Ombud: Advokat Catharina Piper och jurist Jenny Forsberg
Moll Wendén Advokatbyrå AB
Stortorget 8
211 34 Malmö

MOTPART

Arbetsförmedlingen, 202100-2114

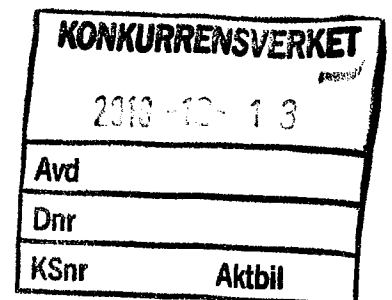
Ombud: Advokat Henrik Nilsson och jurist Matilda Ericson
Wesslau Söderqvist Advokatbyrå KB
Box 7836
103 98 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



YRKANDEN M.M.

Arbetsförmedlingen genomför en ramavtalsupphandling avseende Introduktion till arbete 2018, Af-2018/0021 6637. Upphandlingen avser femtiofyra leveransområden och har genomförts som förenklat förfarande i enlighet med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Av tilldelningsbeslut meddelat den 13 juli 2018 framgår att Arbetsförmedlingen avser att anta andra leverantörer än Misa AB (Misa).

Misa ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att Misa anbud beaktas vid anbudsutvärderingen. Misa yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin ansökan anför Misa bl.a. följande. Arbetsförmedlingen har brustit i sin utvärdering av anbuderna i upphandlingen då Misas anbud uteslutits trots att anbudet lämnats i enlighet med upphandlingsdokumenten. Arbetsförmedlingen har brustit i hanteringen av upphandlingen då anbud förkastats i strid med upphandlingsdokumenten och LOU. Det finns brister i upphandlingsdokumenten avseende de obligatoriska kraven, vilket medfört bedömning av anbuderna inte skett i enlighet med likabehandlingsprincipen och principen om transparens. Arbetsförmedlingen har förfarit felaktigt i upphandlingen, vilket har vållat Misa skada.

Arbetsförmedlingen anser att ansökan om överprövning ska avslås. Arbetsförmedlingen har förfarit i enlighet med LOU och de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. De omständigheter som Misa har anfört medför inte att upphandlingen ska rättas eller göras om.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

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 gjorts.

I 4 kap. 1 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska 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.

I mål om ingripande 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 (se rättsfallet RÅ 2009 ref. 69).

Misa har framfört invändningar mot Arbetsförmedlingens bedömning att bolagets anbud inte uppfyller det obligatoriska kravet på referensuppdrag och mot att upphandlingsdokumenten avseende detta krav är otydliga.

Förvaltningsrätten har för det fall det finns skäl för ingripande enligt LOU att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas, oavsett hur leverantörens yrkande har utformats (jfr HFD 2012 ref. 2). En förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att de fel som förekommit inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Förvaltningsrätten avser därför att inledningsvis ta ställning till de brister som Misa anser har förekommit under det konkurrensuppsökande skedet.

Är upphandlingsdokumenten avseende kravet på referensuppdrag otydliga?

Vad parterna anför

Misa anför bl.a. följande. Informationen i upphandlingsdokumenten om hur och när ett anbud kan förkastas har inte varit tillräckligt tydlig när det gäller hur man använder Arbetsförmedlingen som referens. Texten har tolkats på olika sätt av de olika anbudsgivarna. Merparten, 22 anbud (28 %) av de anbudsgivare vars anbud har förkastats, har tolkat Arbetsförmedlingens förtydliganden och svar avseende kravet på referensuppdrag som att en beskrivning av projekten inte behövde inkluderas i anbudshandlingarna. Tolkningen som gjorts är att de anbudsgivare som tänker använda Arbetsförmedlingen som referens bara ska skriva Arbetsförmedlingen vilket enligt Arbetsförmedlingen är en felaktig tolkning. Kravet på en kortfattad beskrivning är inte förenligt med transparensprincipen då kravet kan ge upphov till flera tolkningar av vad en kortfattad beskrivning ska vara och innehålla. Vid en genomgång av samtliga anbudsgivares anbud framgår det också att kravet har tolkats mycket olika. Detta tyder på att kravet inte är tydligt formulerat.

Under punkten 3.3.1. finns information om kravet på referensuppdrag. Referensuppdrag nämns även i punkt 1.1.8 *Information om ändringar* i förfrågningsunderlaget. Även i dokumentet *Frågor och svar* finns uppgifter om referensuppdrag. Misa anser, utifrån ovan nämnda dokument och bilagor, att kraven vad gäller referensuppdrag är otydliga. Om tydliga upphandlingsdokument hade upprättats hade Misa haft möjlighet att utforma sitt anbud på ett sådant sätt att en fullständig beskrivning hade inkluderats i anbudet. Misas anbud skulle då inte ha förkastats.

Arbetsförmedlingen anför bl.a. följande. I förfrågningsunderlagets avsnitt 3.3.1 anges att leverantören ska ha erfarenhet från minst ett referensuppdrag

med likartad inriktning som den som är föremål för den aktuella upphandlingen. I avsnittets fjärde stycke anges vidare att leverantören ska lämna uppgifter i enlighet med bilagan *Mall referensuppdrag*. För det fall referensuppdraget avser en av Arbetsförmedlingens upphandlingar anges i femte stycket särskilt att någon referensperson inte behöver anges och att det räcker att ange "Arbetsförmedlingen".

Att det är ett obligatoriskt krav att anbudsgivaren ska lämna uppgifter om referensuppdrag i enlighet med bilagan "*Mall referensuppdrag*" är mot bakgrund av ovanstående entydigt. Formuleringen att uppgifter ska lämnas i enlighet med den bilagda mallen innebär inte att mallen i sig behöver användas, utan endast att de uppgifter som efterfrågas i mallen med nödvändighet måste anges för att anbudsgivaren ska kvalificera sig i upphandlingen.

Den förenklade redovisningen avseende referenspersoner om referensuppdraget avser en av Arbetsförmedlingens upphandlingar innebär inte att övriga punkter som listats i mallen därmed inte behöver anges. Detta vore en tolkning som inte överensstämmer med upphandlingsdokumentens innehåll, då undantaget uttryckligen föreskriver att en referensperson inte behöver anges. Mot bakgrund av förfrågningsunderlagets och mallens formulering samt uppbyggnad med fetmarkerade "ska" samt punktlista finns ingen otydlighet kring vad som utgjort obligatoriska krav för referensuppdraget.

Att referensuppdrag nämns på flera ställen i upphandlingsdokumenten innebär inte att informationen blivit så spridd att den blivit mångtydig eller svårtolkad. Tvärtom har det varit nödvändigt för Arbetsförmedlingen att tydliggöra både i förfrågningsunderlaget och i svar på frågor att kravet på referensuppdrag i upphandlingen förändrats i förhållande till den tidigare

upphandling som annonserats men fått avbrytas, för att på så sätt uppmärksamma anbudsgivare om avgörande förändringar.

Även om ett antal anbudsgivare har förkastats då dessa inte uppfyllt det obligatoriska kravet på referensuppdrag, så har flertalet anbudsgivare inte feltolkat de krav som uppställts. Alla de anbud som inte kvalificerat sig med hänvisning till de krav som uppställts för referensuppdrag har vidare inte gjort samma feltolkning av upphandlingsdokumenten. Arbetsförmedlingen finner det beklagligt att flera anbudsgivare inte uppfyllt uppställda krav att lämna uppgifter om referensuppdrag, men har varit skyldigt att förkasta bristfälliga anbud mot bakgrund av principerna om likabehandling och transparens.

Upphandlingsdokumenten i form av förfrågningsunderlaget samt bilagan *Mall referensuppdrag* är utformade på ett tydligt, öppet och förutsebart sätt. I underlaget framgår med klarhet att det som obligatoriskt krav för tilldelning av tjänsten för upphandlingen krävs att anbudsgivaren ger en kortfattad beskrivning av referensuppdraget i enlighet med instruktionerna i bilagan, oavsett om uppdraget utförts för Arbetsförmedlingen eller inte. De krav som ställts upp för referensuppdrag är vidare i linje med både proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen. Bolagets invändning kring att ett krav om en kortfattad beskrivning är ett vagt formulerat krav saknar relevans mot bakgrund av att Misa helt utelämnat en sådan beskrivning.

Förvaltningsrättens bedömning

Av principerna om transparens och likabehandling följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i upphandlingsdokumentet 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

upphandlingsdokument, även om vissa brister och oklarheter får godtas. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även upphandlingsdokument och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (se rättsfallet RÅ 2002 ref. 50).

Av EU-domstolens praxis framgår att upphandlingsdokumentet ska vara utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (jfr mål C- 19/00, SIAC Construction Ltd).

I upphandlingsdokumenten anges för krav 3.3.1 *Referensuppdrag* bl.a. att leverantören ska ha erfarenhet från minst ett referensuppdrag med likartad inriktning som för den aktuella upphandlingen. Vidare anges att leverantören för att styrka sin förmåga och erfarenhet ska lämna uppgifter i enlighet med bilagan *Mall Referensuppdrag*. Av bilagan framgår att leverantören ska lämna uppgifter om referensuppdraget enligt de sex olika punkterna nedan:

- Referensuppdragets namn/beteckning
- Kortfattad beskrivning av referensuppdraget som visar att uppdraget haft inriktning arbetsmarknadsinriktad rehabilitering, samt haft både arbetsförberedande och arbetsplatsförlagda inslag.
- Uppdragsgivarens företagsnamn
- För- och efternamn till referensperson som kan kontaktas för att verifiera att det åberopade referensuppdraget uppfyller ställda krav, samt uppgift om dennes koppling till referensuppdraget. Vald referensperson förutsätts vara vidtalad och tillgänglig att kontaktas under vecka 25-26, 2018.
- Telefonnummer och e-postadress till referensperson
- Referensuppdragets start- och slutdatum i format ÅÅ-MM – ÅÅ-MM.

Vidare anges i både krav 3.3.1 *Referensuppdrag* och bilagan *Mall Referensuppdrag* att om referensuppdraget avser en av Arbetsförmedlingens

upphandlingar behöver ingen referensperson anges, utan det räcker att ange "Arbetsförmedlingen".

Förvaltningsrätten bedömer att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare utifrån informationen ovan har haft möjlighet att uppfatta vad som krävs för att uppfylla det obligatoriska kravet på referensuppdrag och utforma sitt anbud i enlighet med detta. Det saknas enligt förvaltningsrättens mening utrymme för att tolka informationen som att ingen beskrivning av uppdraget alls skulle lämnas om referensuppdraget avsett en av Arbetsförmedlingens upphandlingar. Den omständigheten att information om referensuppdraget förekommit mer än en gång i upphandlingsdokumenten innebär i det här fallet inte heller att informationen om kravet har blivit svåröverskådlig eller motstridig. Förvaltningsrätten anser att upphandlingsdokumenten rörande det aktuella kravet är tillräckligt transparent och tydligt utformade. Det saknas därför skäl för ett ingripande enligt LOU med anledning av vad Misa har anfört i denna del.

Uppfyller Misa kravet på referensuppdrag?

Vad parterna anför

Misa anför bl.a. följande. Arbetsförmedlingen har angett att Misas anbud inte uppfyller ett obligatoriskt krav eftersom det referensuppdrag som har angetts i anbudet saknar en kortfattad beskrivning. Det referensuppdrag som Misa har angett är ett uppdrag utfört på uppdrag av Arbetsförmedlingen och har omfattat förberedande aktiviteter samt insatser för personer som stått utanför arbetsmarknaden länge eller aldrig etablerat sig. Referensuppdraget benämns som "Introduktion till arbete". Det är en titel som fullt ut beskriver uppdragets innebörd och omfattning och visar att uppdraget haft den inriktning som Arbetsförmedlingen efterfrågar. Uttrycket "Introduktion till arbete" är ett vedertaget uttryck i branschen. För en van och erfaren leverantör eller beställare är det uppenbart att uttrycket är en tjänst som är

till för de arbetssökande som varit borta länge från arbetsmarknaden eller aldrig etablerat sig, och som är i behov av förberedande aktiviteter och insatser innan de kan tillgodogöra sig några av Arbetsförmedlingens övriga insatser eller program. "Introduktion till arbete" är ett så pass vedertaget uttryck att ytterligare beskrivning är överflödigt. Det är inneboende i formuleringen att de krav på beskrivning som uppställts är uppfyllda och att en ytterligare beskrivning är överflödigt.

Det framgår inte av Arbetsförmedlingens instruktion hur ingående beskrivningen av referensuppdraget ska vara, enbart att det ska framgå att det omfattat arbetsmarknadsinriktad rehabilitering och haft arbetsförberedande och arbetsplatsförlagda inslag. Arbetsförmedlingen har inte krävt att anbudsgivarna ska lämna sina referenser i ett formulär eller enligt en specifik formatmall. Det som begärts är att viss information ska lämnas. Det bör således stå Misa fritt att välja hur sådan information ska lämnas.

Det referensuppdrag som Misa har angett är ett uppdrag som Misa har utfört på uppdrag av Arbetsförmedlingen. Arbetsförmedlingen måste därmed antas ha full insyn i och förståelse för vilka delar som ingår i det beskrivna uppdraget och vad som omfattas av uppdraget Introduktion till arbete. Med beaktande av att Arbetsförmedlingen har angett att leverantörerna enbart ska ange en kortfattad beskrivning bör Misas beskrivning av referensuppdraget uppfylla samtliga kriterier.

Arbetsförmedlingen anför bl.a. följande. Att Misas referensuppdrag benämns "Introduktion till arbete" är inte jämförbart med det av Arbetsförmedlingen uppställda kravet på kortfattad beskrivning, då det utifrån denna benämning inte är möjligt att utläsa att uppdraget haft en inriktning mot arbetsmarknadsinriktad rehabilitering som haft både arbetsförberedande och arbetsplatsförlagda inslag. Utifrån endast denna benämning finns möjligheten att uppdraget endast haft endera av dessa inslag. Oavsett detta efterfrågas referensuppdragets namn/beteckning i en

separat punkt i *Mall referensuppdrag* vilket tydliggör att den kortfattade beskrivningen inte går att likställa med referensuppdragets namn.

Arbetsförmedlingen delar vidare inte Misas uppfattning att "Introduktion till arbete" skulle vara ett vedertaget begrepp i "branschen". Att Arbetsförmedlingen på sin webbplats beskriver tjänsten "Introduktion till arbete" kan inte ersätta den beskrivning av referensuppdrag som anbudsgivare enligt uppställda krav har att lämna. Kravet att lämna kortfattad beskrivning av referensuppdraget kan rimligen inte heller anses vara vagt formulerad. Bolaget har heller inte uteslutits för att dess beskrivning varit för långt eller för kortfattad, utan därför att den helt saknats.

Det förhållandet att Misas referensuppdrag är ett uppdrag som utförts på uppdrag av Arbetsförmedlingen innebär endast att någon referensperson inte behöver anges. Detta är något som tydligt framgår av både förfrågningsunderlag och bilagan *Mall referensuppdrag*. Att Arbetsförmedlingen även på andra sätt skulle ta hänsyn till att uppdraget utförts för Arbetsförmedlingen framgår inte någonstans i upphandlingsdokumenten och utgör därför endast en felaktig tolkning från bolagets sida. Ett sådant agerande från Arbetsförmedlingens sida skulle vidare kunna ifrågasättas utifrån likabehandlingsprincipen.

Syftet med kravet på beskrivning av referensuppdrag är att Arbetsförmedlingen ska kunna avgöra att uppdraget haft en likartad inriktning med upphandlingsföremålet. Arbetsförmedlingen har uttryckligen krävt att leverantören förutom och utöver namn/beteckning på referensuppdrag även ska beskriva detsamma. Oavsett huruvida "Introduktion till arbete" är ett vedertaget begrepp eller inte kvarstår att Arbetsförmedlingen med kravet på beskrivning sökt möjligheter att kunna förvissa sig om att referensuppdraget uppfyller alla ställda krav.

Förvaltningsrättens bedömning

I en upphandling utgör upphandlingsdokumentet en central del av förfarandet. En förutsättning för att underlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet. När en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav ska potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud (se rättsfallet HFD 2016 ref. 37).

Förvaltningsrätten konstaterar att utredningen i målet inte visar att Misas anbud innehåller en sådan beskrivning av referensuppdraget som efterfrågas i kravet på referensuppdrag. Förvaltningsrätten anser inte heller att Misa uppfyller kravet genom angivandet av att uppdraget avsett ”Introduktion till arbete”. Misa uppfyller därmed inte det obligatoriska kravet på referensuppdrag i upphandlingen. Vad bolaget har anfört om att referensuppdraget utförts för Arbetsförmedlingens räkning och att Arbetsförmedlingen därför redan har insyn i vad uppdraget omfattar kan inte förändra den bedömningen. Det saknas därför skäl för ett ingripande enligt LOU även på denna grund.

Slutsats

Förvaltningsrätten anser att det inte är visat att det finns därför skäl för ingripande enligt LOU på någon av de grunder som Misa har anfört. Bolagets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Per-Erik Nistér

Tf. rådman

Sofie Engström 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 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.

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.