



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2011-09-29
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 16578-11
 Enhet 17

SÖKANDE

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

KONKURRENSVERKET	
2011-10-03	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Arbetsförmedlingen
 Juridiska enheten
 113 99 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

1. Förvaltningsrätten avvisar Jobbgiganten i Sverige AB:s ansökan om överprövning såvitt avser bolagets yrkanden att upphandlingen ska göras om eller rättas till följd av otydligt formulerat förfrågningsunderlag samt att bolagets anbud inte utvärderats.
2. Förvaltningsrätten avslår Jobbgiganten i Sverige AB:s ansökan om överprövning i övrigt och finner inte anledning till något ingripande enligt LOU.
3. Förvaltningsrätten avslår Arbetsförmedlingens yrkande att Jobbgiganten i Sverige AB:s ansökan om överprövning ska avvisas.
4. Förvaltningsrättens beslut om inhibition av den 28 september 2011 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 165184

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		

YRKANDEN, BAKGRUND M.M.

Arbetsförmedlingen genomför en upphandling benämnd ”Aktiviteter inom jobb- och utvecklingsgarantin samt jobbgaranti för ungdomar 2011”, med beteckningen AF-2010/1748-92. Upphandlingen genomförs som 68 separata upphandlingar med ett gemensamt förfrågningsunderlag och har pågått sedan februari 2010. Det har skett överprövning av upphandlingarna i förvaltningsrätten efter ansökan om överprövning av ett stort antal leverantörer, bl.a. Jobbgiganten i Sverige AB. Bolaget yrkade i sin tidigare ansökan om överprövning att de upphandlingar i vilka områden Jobbgiganten i Sverige AB lagt anbud inte fick avslutas innan rättelse skett genom att bolagets anbud utvärderats och i andra hand att upphandlingen skulle göras om på grund av att bolagets anbud felaktigt förkastats. Förvaltningsrätten avslog Jobbgiganten i Sverige AB:s ansökan om överprövning (mål 2529-11) och domen har vunnit laga kraft till följd av att Högsta förvaltningsdomstolen den 27 september 2011 beslutat att inte meddela prövningstillstånd.

Anbudstiden löpte ut den 8 november 2010 och ett första gemensamt tilldelningsbeslut meddelades den 25 januari 2011 för samtliga leveransorter. Enligt tilldelningsbeslutet tilldelades flera anbudsgivare upphandlingskontrakt på många olika leveransorter. Vid överprövningsprocessen framkom att Arbetsförmedlingen godkänt en anbudsgivare trots att denne inte uppfyllde ett visst skalkrav. Arbetsförmedlingen meddelade att den anbudsgivarens anbud skulle uteslutas och den 15 augusti 2011 meddelades ett nytt tilldelningsbeslut.

Jobbgiganten i Sverige AB (bolaget) yrkar i första hand att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse har skett på så sätt att bolagets utvärderas i upphandlingen. Yrkandet avseende rättele avser de 56 leveransorter som omfattas av bolagets tidigare anbud. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om på grund av att förfrågningsunderlaget är för

otydligt utformat samt att Arbetsförmedlingen handlat i strid med LOU genom att förlänga anbudens giltighetstid. Andrahandsyrkandet omfattar hela upphandlingen. Bolaget hemställer även om vilandeförklaring.

Arbetsförmedlingen bestrider bifall till bolagets ansökan och yrkar att prövningen ska begränsas till de 12 upphandlingar som berörs av tilldelningsmeddelandet som publicerades den 15 augusti 2011, där bl.a. bolaget lagt anbud. Arbetsförmedlingen yrkar även att bolagets talan ska avvisas.

UTVECKLANDE AV TALAN

Bolagets inställning

Bolaget har till stöd för sitt förstahandsyrkande om rättelse anfört att Arbetsförmedlingen vid hanteringen av bolagets anbud avvikit från förfrågningsunderlaget och att förfrågningsunderlaget är otydligt utformat och därför står i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Till stöd för sitt yrkande om att upphandlingen ska göras om anför bolaget bl.a. följande.

Otillåten direktupphandling

Arbetsförmedlingens nya tilldelningsbeslut gäller endast de arbetsmarknadsområden i vilka bolaget AcadeMedia Eductus AB lämnat anbud. Arbetsförmedlingen har för avsikt att skriva kontrakt så snart Högsta förvaltningsdomstolen skiljt bolagets överklagande från sig. Om Arbetsförmedlingen tecknar kontrakt utgör det otillräckliga direktupphandlingar på två grunder. Det nya tilldelningsbeslutet daterat den 15 augusti 2011 gäller hela upphandlingen inklusive alla områden och det innebär att en ny avtalsspärr ska gälla från det datumet. Bolaget anser att det är en upphandling avseende 68 arbetsmarknadsområden, inte 68 separata upphandlingar. Om Arbetsförmedlingen tecknar kontrakt under tiden avtalsspärr löper skulle

det utgöra en otillåten direktupphandling. Kontrakt ingångna i strid med avtalsspärren kan ogiltigförklaras. Ett kontraktstecknande i upphandlingen skulle även utgöra en otillåten direktupphandling på grund av att det inte längre finns några giltiga anbud. Det har kommit till bolagets kännedom att ett av de vinnande bolagen valt att inte förlänga giltighetstiden av sitt anbud. Arbetsförmedlingen har bara strukit det bolaget ur det nya tilldelningsbeslutet, vilket inte är tillåtet enligt LOU. Om ett bolag inte vill förlänga giltighetstiden för sitt anbud innebär det att Arbetsförmedlingen inte kan förlänga anbudens giltighetstid med andra anbudsgivare eftersom det skulle stå i strid med likabehandlingsprincipen i LOU. En sådan förlängning skulle även innebära en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget eftersom påbörjandet av tjänsterna skulle ha inletts den 28 mars 2011 men enligt det nya tilldelningsbeslutet tidigast den 1 oktober 2011. Det föreligger inte några synnerliga skäl för att genomföra en direktupphandling, i synnerhet inte eftersom det finns giltiga kontrakt avseende de upphandlade tjänsterna.

Bolaget, som tidigare lämnat anbud i 58 av 68 arbetsmarknadsområden, riskerar att lida omfattande skada om kontrakten undertecknas som planerat.

Arbetsförmedlingens inställning

Förvaltningsrätten har i ett tidigare avgörande i den aktuella upphandlingen (mål 2748-11) konstaterat att det är 68 separata upphandlingar. Dessa ska därför behandlas individuellt. Att inte korrigerat det misstag som gjorts i tidigare tilldelningsmeddelande skulle ha inneburit ett uppenbart brott mot den upphandlingsrättsliga likabehandlingsprincipen.

Giltiga anbud i upphandlingen saknas

En av de vinnande anbudsgivarna (Adecco) har inte gått med på att förlänga giltighetstiden för anbudet. Arbetsförmedlingen har strukit det bolagets anbud från vissa områden i det nya tilldelningsbeslutet. För området Arvika har det inte skett någon rättelse utan där står bolaget med som en av vinnarna. Det är inte tillåtet att agera så enligt LOU. Adeccos anbud är inte längre giltigt vilket innebär att upphandlingen inte kan avslutas. Alla anbudsgivare måste gå med på en förlängning av giltighetstiden annars strider det mot likabehandlingsprincipen i LOU. En sådan förlängning av giltighetstiden skulle även innebära väsentliga förändringar i kontrakten bl.a. på grund av att anbudet lämnades redan i november 2010 men tjänsterna, som till följd av överprövningsprocesserna, enligt tilldelningsmeddelande den 15 augusti 2011 kommer att kunna påbörjas tidigast den 1 oktober 2011. Arbetsförmedlingen tillfrågade bara de anbudsgivare som tilldelats kontrakt om förlängning av giltighetstiden och bolaget tillfrågades således inte, trots att

Arbetsförmedlingens inställning

Tilldelningsmeddelande i samtliga 68 upphandlingar publicerades den 25 respektive 26 januari 2011. Nya korrigerade tilldelningsmeddelanden avseende 31 upphandlingar publicerades den 15 augusti 2011. Korrigeringen innebar att AcadeMedia Eductus anbud förkastades på grund av att det bolaget inte uppfyllde alla skalkrav samt uteslutning av Adecco eftersom det bolaget valt att inte förlänga giltighetstiden för sitt anbud efter den 8 juli 2011. För övriga 37 upphandlingar gäller fortfarande tilldelningsmeddelanden från januari 2011. Att publicera nya tilldelningsmeddelanden är enda sättet att uppfylla kravet på transparens och öppenhet i en situation som den nu aktuella.

Arbetsförmedlingen anser att bolaget saknar talerätt i fråga som rör anbudens giltighetstid i upphandlingar där de själva inte lämnat anbud eller på annat sätt berörs. Bolaget har inte lämnat anbud i någon av de upphandlingar som berörs av tilldelningsbeslutet den 15 augusti 2011. En anbudslämnare som inte kvalificerat sig i upphandlingen, eller vars anbud inte antagits, eller vars anbud antagits, inte genom att neka förlängning kan förhindra att upphandlingen avslutas genom avtals tecknande om fråga om förlängning ställs efter att tilldelningsmeddelande meddelats men före anbudstidens giltighetstid löpt ut. Arbetsförmedlingen tillfrågade samtliga anbudslämnare som omfattades av då gällande tilldelningsmeddelanden i samtliga 68 upphandlingar. I förfrågningsunderlaget till de aktuella upphandlingar uppgav Arbetsförmedlingen att preliminär avtalsperiod är mellan 2011-03-08 och 2013-03-27. Att datum för avtalens start nu satts till 2011-10-01 i de upphandlingar som omfattas av tilldelningsmeddelanden 25 och 26 januari 2011, kan inte anses utgöra en så väsentlig förändring av upphandlingens innehåll eller kontrakten att upphandlingen måste göras om Giltiga anbud föreligger till och med 2011-10-08.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Av 1 kap. 4 § LOU följer att en upphandling ska göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 9 kap. 11 § LOU framgår att en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget ska ange den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud. En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren fått underrättelse enligt 9 § första stycket eller upplysningar enligt 10 §.

Av 16 kap. 1 § följer att en leverantör som anser sig lidit skada eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

I 16 kap. 5 § stadgas 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 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Vilandeförklaring och talerätt

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att bolagets tidigare yrkande om vilandeförklaring förfallit eftersom Högsta förvaltningsdomstolen skiljt målet från sig och det därför saknas anledning att besluta om sådan.

Enligt 16 kap. 1 § LOU har en leverantör som anser sig lidit skada eller kunna komma att lida skada talerätt i en offentlig upphandling och kan därmed begära överprövning av upphandlingen i förvaltningsdomstol. Med hänsyn till att bolaget har talerätt i målet ska förvaltningsrätten avslå Arbetsförmedlingens yrkande om att avvisa bolagets talan.

Avvisande av visst yrkande

Förvaltningsrätten ska avvisa bolagets yrkande om att upphandlingen ska rättas eller göras om på grund av att bolagets anbud inte utvärderats eller till följd av att förfrågningsunderlaget är otydligt utformat. Bolaget har i sin tidigare ansökan (mål 2529-11) fått sina yrkanden i den delen prövade. Målet har vunnit laga kraft sedan Högsta förvaltningsdomstolen beslutat att inte meddela något prövningstillstånd.

En eller flera upphandlingar

Förvaltningsrätten konstaterar i detta avseende att det framgår tydligt av Arbetsförmedlingens förfrågningsunderlag att upphandlingen avser 68 separata upphandlingar med samma förfrågningsunderlag för alla. Det har även konstaterats av bl.a. förvaltningsrätten i tidigare avgöranden (se t.ex. mål 2529-11 och 2530-11) att det är fråga om separata upphandlingar.

Förlängning av anbudens giltighetstid m.m.

I LOU saknas bestämmelser om förlängning av anbuds giltighetstid. I RÅ 2008 not. 26 har det uttalats att giltighetstiden för anbud kan förlängas under förutsättning att principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU iakttas samt att huruvida en förlängning ska ske eller inte främst är en fråga mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivarna.

I äldre avgöranden från kammarrätterna har det bedömts att en förlängning av anbuds giltighetstid förutsätter dels att samtliga anbudsgivare ges tillfälle att förlänga sina anbud, dels att samtliga anbudsgivare accepterar en sådan förlängning (jfr bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom den 26 januari 2005, mål nr 6802-04). I senare avgöranden, se bl.a. Kammarrätten i Stockholm den 5 juli 2011 i mål nr 2059-11, har det dock bedömts att det inte alltid kan krävas att alla anbudsgivare accepterar att förlänga sina anbud. Detta gäller oavsett om dessa anbudsgivare tilldelats kontrakt eller inte. Alltjämt tycks dock förutsättas att likhetsprincipen kräver att alla anbudsgivare ges en möjlighet att förlänga sina anbud. Av betydelse för frågan om förlängning av anbuds giltighetstid är bland annat om fråga om förlängning sker före eller efter ett tilldelningsbeslut.

I förevarande fall har Arbetsförmedlingen meddelat ett första tilldelningsbeslut den 25 januari 2011 avseende samtliga 68 upphandlingar. Upphandlingarna har därefter varit föremål för överprövningsprocesser inom förvaltningsdomstolarna. Arbetsförmedlingen har fattat ett nytt tilldelningsbeslut med anledning av att ett uteslutet bolag av misstag stod med som anta-

gen anbudsgivare samt att ett annat bolag valt att inte förlänga giltighetstiden för sitt anbud. Samtliga aktuella anbudsgivare tillfrågades via mejl om förlängning av anbudens giltighetstid.

Mot bakgrund av att de första tilldelningsbesluten meddelades i januari 2011 och det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen därför var avslutad (se Kammarrätten i Stockholms mål 2059-11), bedömer förvaltningsrätten att Arbetsförmedlingens agerande inte står i strid med någon av de grundläggande principerna i LOU eller gemenskapsrättens regler för offentlig upphandling. Det saknas därför förutsättningar för ingripande enligt LOU. Ansökan ska därför avslås.

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



Magnus Åhammar

Rådman

Föredragande i målet har varit Johanna Segerheim.



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 vartill 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 uppge 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