



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 14

DOM
2013-11-12
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
20951-13

SÖKANDE

Miroi i-learning AB, 556535-2688

Ombud: Maria Palm
Miroi i-learning AB
Tullgårdsgatan 12
116 68 Stockholm

MOTPART

Arbetsförmedlingen
113 99 Stockholm

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen görs om på de leveransorter där Miroi i-learning AB lämnat anbud men inte antagits som leverantör.

Förvaltningsrätten avslår Miroi i-learning AB:s begäran om editionsföreläggande samt yrkanden i övrigt.

Dok.Id 404691

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 M.M.

Arbetsförmedlingen genomför som förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, en upphandling av ramavtal för grundläggande moduler för föreberedande insatser och utbildning. Tre av flera anbudsgivare som uppfyllt kvalificeringskraven är Miori i-learning AB (Miori), JB Kompetens AB (JB) och Personalstrategerna i Sverige AB (Personalstrategerna).

I tilldelningsbeslut av den 21 augusti 2013 med bilagor framgår bl.a. följande. Miori antas på leveransorterna Gotland, Gällivare och Uddevalla. På orten Mjölby antas JB med Personalstrategerna på andra plats och Miori på tredje plats. JB antas även på leveransort Hallsberg, där Miori inte har lämnat anbud. På leveransort Nyköping antas Personalstrategerna med JB på andra plats och Miori på tredje plats. Personalstrategernas anbud antas också på leveransorterna Hagfors, Kiruna och Torsby där Miori kommit på andra plats; Säffle, Västervik och Värnamo där Miori kommit på tredje plats; Karlstad och Skellefteå där Miori kommit på fjärde plats samt Lidköping och Mariestad där Miori inte lämnat anbud. Miori har dessutom lämnat anbud på orterna Arvika, Boden, Bollnäs, Borlänge, Borås, Eskilstuna, Gävle, Göteborg, Halmstad, Haparanda, Helsingborg, Hudinge, Hudiksvall, Härnösand, Jönköping, Kalix, Kalmar, Karlskoga, Katrineholm, Kramfors, Kristianstad, Köping, Linköping, Luleå, Lund, Lycksele, Malmö, Motala, Norrköping, Nässjö, Oskarshamn, Sandviken, Sollefteå, Solna, Stockholm, Sundsvall, Södertälje, Trelleborg, Trollhättan, Umeå, Uppsala, Västerås, Växjö, Örnsköldsvik och Östersund.

Miori begär överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkas att upphandlingen ska rättas på så sätt att JB utesluts från upphandlingen och Personalstrategernas anbud förkastas. Miori yrkar också att förvaltningsrätten, genom editionsföreläggande, ska

förelägga Arbetsförmedlingen att lämna ut de handlingar där man begärt att anbudsgivare lämnar kompletterande upplysningar om sin ekonomiska ställning; anbudsgivarnas svar med anledning härav; de kompletterande upplysningar Arbetsförmedlingen ex officio inhämtat på annat sätt än via CreditSafe; de förklaringar till offererade priser som Arbetsförmedlingen inhämtat från anbudsgivare med anledning av onormalt låga anbud; de beslut och tjänsteanteckningar varigenom Arbetsförmedlingen beslutat att inhämta kompletterande upplysningar från anbudsgivarna.

Till stöd för sin talan anför Miroi bl.a. följande.

Referenstagningen och Personalstrategernas anbud

Arbetsförmedlingen har i annan överprövningsprocess och i media tydligt påtalat att man anser att kravet på redovisning av referensuppdrag är ett kvalificeringskrav vilket är uppfyllt i och med att anbudsgivaren beskriver ett sådant. Det klargör att Arbetsförmedlingens krav på redovisning av ett referensuppdrag i förfrågningsunderlaget inte gäller ett referensuppdrag i egentlig mening utan endast ett krav på uppställande av tidigare erfarenhet. Att anbudsgivaren ska ange en kontaktperson är uppenbarligen en rent formell uppgift och ger ingen vägledning till anbudsgivaren att en referenstagning kommer att ske. Därför utgör det faktum, att Arbetsförmedlingen i förfrågningsunderlaget ändå har benämnt detta krav som "referensuppdrag", brist på transparens.

Under 2011 träffades avtal mellan Arbetsförmedlingen och Personalstrategerna om rehabiliteringstjänster på 35 orter. Vid leverantörskontroller framkom att Personalstrategerna inte uppfyllde avtalade åtaganden, bland annat på grund av allvarlig kompetensbrist hos medarbetarna och felaktigt lämnade uppgifter om medarbetarnas kompetens. Arbetsförmedlingen bedömde att påtalade brister var av väsentlig betydelse och hävde omedelbart avtalet på 26 avtalsorter.

I den aktuella upphandlingen har Personalstrategerna lämnat ett referensuppdrag avseende tjänsten "Meritportfölj" i Skellefteå. Som referens och kontaktperson har Personalstrategerna angett Guy Aldred på Arbetsförmedlingen med kontaktuppgifter. Detta referensuppdrag borde inte ha godkänts med tanke på Personalstrategernas tidigare allvarliga avtalsbrott i liknande uppdrag mot Arbetsförmedlingen. De brister som föranledde att avtalet för rehabiliteringstjänster hävdades var allvarliga och påvisade brister i kvalitetssäkringssystemet och rutiner samt en oseriös och oprofessionell inställning. Detta skapar en allvarlig brist på förtroende vid upphandlingar av arbetsmarknadstjänster, vilket Arbetsförmedlingen borde ha beaktat vid denna upphandling. Trots att det inte framkommit lika allvarliga avtalsbrott vid det refererade uppdraget Meritportfölj borde Arbetsförmedlingen inte ha godkänt detta som referensuppdrag för Personalstrategerna.

Guy Aldred har varit Arbetsförmedlingens lokala kontaktperson gentemot Personalstrategerna avseende uppdraget Meritportfölj i Skellefteå. Han avslutade detta uppdrag för 18 månader sedan och har idag en annan roll inom Arbetsförmedlingen. Under sin tid som lokal kontaktperson var han närvarande på kvalitetskontroller inom uppdragets utförande. Ansvarig utförare av dessa kontroller var Lena Sandström. Guy Aldred har inte tagit del i någon handläggning eller diskussion efter dessa kvalitetskontroller utan endast närvarat på plats lokalt. Det är anmärkningsvärt att Personalstrategerna ändå valt att ange honom som kontaktperson.

Anmärkningsvärt är också att Guy Aldred inte har blivit kontaktad som referens i den nu aktuella upphandlingen. Mot bakgrund av Personalstrategernas tidigare avtalsbrott inom rehabiliteringstjänster borde Arbetsförmedlingen säkerställa att deras referensuppdrag är av tillräcklig kvalitet. Anbudet från Calmare Internationella Skola (Calmare) och Wetterbygdens Gymnasium AB (Wetterbygden) förkastades på grund av referens-

uppdragens brist på beskrivning av efterfrågade uppgifter, utan att någon kontakt togs med referenspersonerna. Däremot kontaktade man Yrkesförmedlingen i Sverige AB:s angivna referenspersoner och förkastade sedan deras anbud för att referenspersonen inte bekräftat uppdraget.

Ovanstående visar att Arbetsförmedlingen inte har behandlat alla anbudsgivare lika utan har brutit mot likabehandlingsprincipen. Att Arbetsförmedlingen endast kontaktar och verifierar angivna referensuppdrag om man inte känner till uppdraget sedan tidigare framgår inte av förfrågningsunderlaget. Om detta vore känt kunde anbudsgivarna utnyttja detta genom att hänvisa till uppdrag som är kända av Arbetsförmedlingen och därmed inte kräver en referensperson.

Personalstrategernas anbud borde ha förkastats med hänvisning till att de inte levererat i enlighet med avtalet i liknande uppdrag, att referensuppdraget inte styrker förmågan att leverera den nu aktuella tjänsten och att referensuppdraget inte angetts med korrekta uppgifter och kontaktperson. Arbetsförmedlingens påstående, att de inte funnit tillräcklig grund för att utesluta Personalstrategerna i föreliggande upphandling, visar att man inte har tillämpat grundprincipen att varje upphandling ska bedömas separat, utan istället tydligen bedömt Personalstrategernas leveransförmåga genom en diskussion och beslutsprocess med beaktande av tidigare omständigheter. De är motsägelsefullt att Arbetsförmedlingen ändå anför att referensuppdraget är ett rent kvalificeringskrav där de inte ska genomföra någon lämplighetsbedömning av anbudsgivaren.

Onormalt låga anbud

Arbetsförmedlingen har valt att begära förklaring till alla anbudspriser som är lika med eller under 2 400 kr per kursdeltagarvecka, om inte anbudet ändå förkastats av andra skäl. Berörda anbudsgivare har avkrävts att göra sannolikt att de kan leverera den efterfrågade tjänsten med uppställda kvalitetskrav. De kompletterande handlingar som getts in till Arbetsför-

medlingen som svar på detta krav, de beslut Arbetsförmedlingen sedan fattat och skälen för dessa beslut har Miroi begärt utlämning av men inte fått, med hänvisning till sekretess. Miroi har därför ingen möjlighet att kontrollera hur Arbetsförmedlingen har resonerat. Det finns risk att Arbetsförmedlingen gjort en subjektiv bedömning i enskilda fall. Att Arbetsförmedlingen inte öppet redovisar sina skäl till att godkänna de låga anbuden strider mot transparensprincipen.

Det har muntligen, genom samtal med konkurrenter, kommit till Mirois kännedom att de kompletterande förklaringar som getts in till Arbetsförmedlingen är av bristande kvalitet och strider mot upphandlingens förutsättningar. Arbetsförmedlingen har flera gånger förtydligat och påvisat att det inte finns någon bedömning på hur stor del av deltagarna som kommer att anvisas på hel- eller deltid och att priset baseras på deltagarens anvisningsgrad där anvisad heltid ger 100 procent och halvtid ger 50 procent. Det framgår även att bemanningskravet på en heltidstjänst per fem deltagare är samma oberoende av om dessa anvisats på heltid eller halvtid. Ändå har flera anbudsgivare förklarat sina låga anbudspris med att de baserat sin kalkyl på antagandet att 50 procent av deltagarna kommer att anvisas på halvtid, men ändå kan fakturera hela det offererade priset per kursdeltagarvecka och på så sätt utnyttja bemanning och lokal kostnads-effektivt. Om Arbetsförmedlingen godtagit dessa förklaringar är det brott mot likabehandlingsprincipen då berörda anbudsgivare i så fall särbehandlats positivt, och mot transparensprincipen då förutsättningarna för upphandlingen ändrats.

Ekonomisk kapacitet och JB:s anbud

I förfrågningsunderlaget, punkten 1.3.3, anges att Arbetsförmedlingen via upphandlingsverktyget TendSign kommer att hämta kreditupplysningsuppgifter från CreditSafe. Där kan ett företag få någon av markeringarna grön (godkänd), gul (kräver vidare granskning), röd (ej godkänd) eller grå

(ej aktiv). Arbetsförmedlingen anger att grön signal medför att anbudsgivaren bedöms ha stabil ekonomisk bas, att gul eller röd signal kräver att anbudsgivaren styrker sin ekonomiska kompetens på annat sätt och att grå signal kräver speciell utredning.

Anbudsgivaren har en möjlighet att lämna kompletterande upplysningar i anbudsförmuläret och är efter krav från Arbetsförmedlingen skyldig att lämna vissa upplysningar. Arbetsförmedlingen kan enligt förfrågningsunderlaget alltid komma att begära in kompletterande upplysningar om den ekonomiska förmågan. Av detta följer att Arbetsförmedlingens egen efterforskning är begränsad till att begära in uppgifter. Arbetsförmedlingen får inte helt formlöst företa egna undersökningar. Genom att ändå göra det har Arbetsförmedlingen åsidosatt förfrågningsunderlagets lydelse och därigenom transparensprincipen.

I upphandlingsprotokollet anges att det har visat sig att CreditSafes färgmarkeringar inte är tillförlitliga, då en del anbudsgivare som varit i kontakt med CreditSafe fått andra signalfärger än dem som har redovisats via TendSign. Det är uppenbart att detta inte varit ett tillförlitligt sätt att avgöra ekonomisk ställning. Arbetsförmedlingen har inhämtat kompletterande upplysningar från dem som riskerade att diskvalificeras, dvs. som fått gul eller röd signal hos CreditSafe. De som fått grön signal har uppenbarligen passerat kravet utan närmare utredning från Arbetsförmedlingens sida, såvida inte motstridiga uppgifter bifogats av anbudsgivaren själv. Risken är att Arbetsförmedlingen låtit anbudsgivare med grön signal passera kvalificeringskravet på ekonomisk förmåga trots att signalen kan ha baserats på felaktiga grunder. Det strider mot likabehandlingsprincipen.

Arbetsförmedlingen har erkänt att CreditSafe inte varit ett tillförlitligt system och borde då ha valt en annan metod för inhämtande av uppgifter om ekonomisk kapacitet samt tillämpat detta för utvärdering av alla anbuds-

givare oavsett vilken färgmarkering dessa erhållit. Huvudregeln är att den upphandlande myndigheten ska kunna förlita sig på att uppgifter som anges i anbud är korrekta och att det är anbudet vid anbudstidens utgång som ska bedömas. Myndighetens egna efterforskningar får företes i begränsad omfattning och det ankommer i första hand på anbudsgivaren att ge in utredning om sin ekonomi. Risken finns att myndighetens egen efterforskning tillför helt nya uppgifter, vars inhämtade utgör otillåten komplettering och därigenom ett brott mot likabehandlingsprincipen.

Moderbolaget i JB:s koncern, JB Education AB, har konkursförvaltare. JB ingav anbud den 4 juni 2013. Konkursförfarandet inleddes under juni 2013 och den 12 juni 2013 var koncernen försatt i konkurs. Hur Arbetsförmedlingen fått kännedom om överlåtelsen till Thorengruppen AB under utvärderingsperioden framgår inte. Rimligen har Arbetsförmedlingen, efter sista anbudsdag, tillåtit JB att lämna kompletterande upplysningar eller själva inhämtat sådana uppgifter ex officio. Härigenom har Arbetsförmedlingen särbehandlat JB och brutit mot likabehandlingsprincipen.

Då JB övergått till en ny koncern kan deras beskrivningar av sina ägarförhållanden och ekonomiska ställning svårligen anses sanna. Såvitt känt har det aldrig tidigare prövats huruvida ett bolag i utbildningsbranschen, där moderbolaget gått i konkurs och dotterbolaget överlåtits till nya ägare efter sista anbudsdag men före tilldelningsbeslut, ska få delta i anbudsutvärderingen trots förändringen av ekonomisk förmåga och ägarstruktur. Genom inhämtad kreditupplysning framgår också att JB:s ekonomiska ställning varit sådan att Arbetsförmedlingen även på denna grund borde ha uteslutit JB från att delta i den fortsatta utvärderingen.

Skada

Vid en korrekt utförd upphandling skulle Miroi ha kunnat tilldelas uppdraget på fler orter än vad som i dagsläget är fallet. Miroi har därmed lidit skada eller riskerar åtminstone att lida skada.

Arbetsförmedlingen bestrider ingripande enligt LOU och yrkande om editionsföreläggande samt anför till stöd för sin talan bl.a. följande.

Referenstagningen och Personalstrategernas anbud

Referensuppdragen har använts endast i kvalificeringsfasen. Det framgår tydligt i förfrågningsunderlaget att dessa inte ska värderas eller utvärderas och det står ingenstans att angiven person kommer att kontaktas av Arbetsförmedlingen. Kravet på att ange en person som är vidtalad och känner till uppdraget är för att Arbetsförmedlingen ska kunna verifiera det beskrivna uppdraget. Det behöver inte göras om Arbetsförmedlingen har egen kännedom om att anbudsgivaren genomfört uppdraget.

Det stämmer att Arbetsförmedlingen har hävt ett antal separata avtal med Personalstrategerna gällande upphandling av rehabiliteringstjänster. Detta gjordes på grund av bland annat kompetensbrist hos personalen. Det föreligger tvist rörande dessa hävningar. Dock kvarstår Personalstrategerna som leverantör av tjänsten på flera leveransorter i flera upphandlingar. Arbetsförmedlingen har inte funnit tillräcklig grund för att utesluta Personalstrategerna i föreliggande upphandling på de orter där de lämnat anbud. Det var inte nödvändigt att kontakta Guy Aldred eftersom Arbetsförmedlingen har kännedom om genomförandet av uppdraget.

I Calmares och Wetterbygdens anbud var beskrivningen av deras referensuppdrag inte på något sätt lika det Arbetsförmedlingen efterfrågat, och då var det överflödigt att kontakta någon för att få verifierat att det utförts.

Onormalt låga anbud

Arbetsförmedlingen har utnyttjat möjligheten att förkasta anbud med onormalt lågt pris på det sätt som Konkurrensverket rekommenderar. I upphandlingsprotokollet framgår också vilka fyra anbud som inte lämnat tillfredsställande förklaringar. Övriga anbudsgivare som avkrävts för-

klaring har gett godtagbara skäl till sina anbudspriser och har därmed kvalificerat sig i denna del. En upphandlande myndighet har möjlighet att förkasta onormalt låga anbud men måste inte göra det.

Alla offererade priser är publicerade. Det föreligger ingen oklarhet rörande att ersättningen baseras på kursdeltagarens närvaro, vilket förtydligades i "Frågor och svar" den 21 maj 2013. Att någon anbudsgivare av taktiska skäl utnyttjar villkoren till sin fördel kan inte uteslutas. Det ankommer dock på Arbetsförmedlingen att kontrollera att leverans sker i enlighet med vad som avtalats.

Ekonomisk kapacitet och JB:s anbud

I förfrågningsunderlaget framgår tydligt att Arbetsförmedlingen alltid kan komma att begära in kompletterande upplysningar om anbudsgivarens ekonomiska förmåga. Därmed är inte sagt att det måste ske, utan Arbetsförmedlingen utnyttjar denna möjlighet när det finns behov av klargörande.

I upphandlingsprotokollet redovisas att kvalificering inte enbart har skett utifrån CreditSafes signalsystem, eftersom detta inte bedömts tillräckligt tillförlitligt och det visat sig finnas risk för felaktig markering. Då signalsystemet i CreditSafe med färgmarkeringar har brister, som i vissa fall kan leda till underkännande av leverantörer med god ekonomisk förmåga, kan det behöva inhämtas kompletterande upplysningar. Andra kontrollåtgärder gjordes för att säkerställa likabehandlingsprincipen och undvika att någon anbudsgivare på felaktiga grunder skulle diskvalificeras.

Det stämmer inte att Arbetsförmedlingen enbart inhämtat kompletterande upplysningar från anbudsgivare som riskerade diskvalificering utifrån signalsystemet. Kompletterande upplysningar har även inhämtats på annat sätt än genom att kräva in dokumentation från anbudsgivaren. För samtliga inlämnade anbud har Arbetsförmedlingen, utöver CreditSafes signalsystem,

gjort de efterforskningar som bedömts erforderliga för att säkerställa att anbudsgivaren haft tillräcklig ekonomisk förmåga.

JB och dess moderbolag är skilda bolag och det ena bolagets obestånd inverkar inte på det andras kreditvärdighet. JB har aldrig varit försatt i konkurs och JB hade god ekonomisk förmåga vid anbudslämnandet. Den 1 juli 2013 meddelade konkursförvaltaren att JB, som helägt dotterbolag till JB Education AB, försåls till Thorengruppen AB och att JB därigenom hade godtagbara och stabila ekonomiska förhållanden. Det förelåg då ingen grund för uteslutning av JB:s anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Allmänt

Arbetsförmedlingen har genomfört upphandlingen som ett förenklat förfarande. Detta har man haft rätt att göra eftersom undervisning och yrkesutbildning är en så kallad B-tjänst, se 1 kap. 2 § andra stycket LOU samt punkten 24 i bilaga 3 till LOU. Tillämplig lagstiftning är därför i första hand 15 kap. LOU och de paragrafer som anges i 15 kap. 2 § LOU, bl.a. hela första och sextonde kapitlet.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska, enligt samma paragraf, principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Att utvärdera och anta ett anbud som inte uppfyller skall-kraven strider mot lika-behandlingsprincipen, jfr EU-domstolens avgörande C-243/89, *Stora Bält*.

Av 16 kap. 6 § LOU följer 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.

Referenstagningen och Personalstrategernas anbud

Avsnitt 1.3 i förfrågningsunderlaget har rubriken "Krav på anbudsgivare". I punkten 1.3.5.1, under rubriken "Referensuppdrag", anges att anbudet "skall innehålla en kortfattad beskrivning av ett (1) genomfört uppdrag med likartad inriktning och omfattning". Det anges också vad som ska framgå av beskrivningen, bl.a. "namn, telefonnummer och e-postadress till en person som representerar uppdragsgivaren för referensuppdraget. Det förutsätts att kontaktpersonen är vidtalad".

Förvaltningsrätten anser att det av ordalydelse och sammanhang framgår att referensuppdraget utgör ett skall-krav som del av kvalificeringsfasen, och Arbetsförmedlingen har såvitt framkommit inte använt det på annat sätt.

Det ligger i sakens natur att Arbetsförmedlingen saknar skäl att kontakta referenspersonen om det redan av anbudsgivarens beskrivning av uppdraget framgår att detta är irrelevant. Om något av de referensuppdrag som åberopats i denna upphandling, t.ex. av Calmare eller Wetterbygden, har blivit oskäligt diskvalificerat på denna grund är detta inget som kan vålla Miroi skada och kan därmed inte föranleda ett ingripande enligt LOU i nu aktuellt mål.

Likaså behöver Arbetsförmedlingen inte göra någon kontroll när det är de själva som varit uppdragsgivare för referensuppdraget. Detta brukar kallas "egna referenser" och är tillåtet att använda i kvalificeringsfasen, såvida det sker på ett objektivt sätt och inte strider mot LOU eller dess principer, jfr dom av Kammarrätten i Stockholm den 10 juni 2011, mål nr 862-11. Det har inte framkommit att Arbetsförmedlingen härvid brutit mot någon regel eller princip som kan föranleda ett ingripande enligt LOU.

Det är ostridigt att det i en annan upphandling har funnits missnöje från Arbetsförmedlingens sida med hur Personalstrategerna utfört tjänsterna, vilket främst är en civilrättslig fråga som förvaltningsrätten saknar anledning att utreda. Varje upphandling ska emellertid bedömas separat och utvärderingen endast baseras på de uppgifter som framkommit och påvisats i aktuellt anbuds-förfarande. Mot denna bakgrund har förvaltningsrätten inget skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av eventuellt tidigare avtalsbrott från Personalstrategernas sida.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att Arbetsförmedlingen har använt referensuppdrag och referenstagning på sätt som är i enlighet med LOU, och att skäl för diskvalificering av Personalstrategernas anbud inte har framkommit. Mirois yrkande om ingripande mot upphandlingen på denna grund ska därför avslås.

Onormalt låga anbud

I 15 kap. 17 § LOU, som är tillämplig på förenklade förfaranden som i detta fall, anges att en upphandlande myndighet får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbud får dock, enligt samma paragraf, förkastas först sedan myndigheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och fått tillfredsställande svar. Paragrafen utsäger ingen skyldighet att förkasta ett anbud som bedöms som onormalt lågt.

Även om EU-direktivet 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EU-direktivet) inte är direkt tillämpligt på förenklade förfaranden, utgör EU-rätten och dess praxis ett ramverk som är till hjälp för tolkning av LOU även vid förenklade förfaranden. I EU-domstolens avgörande C-599/10, *Najvyšší sud Slovenskej republiky* fastslogs att artikel 55 i EU-direktivet ska tolkas så att den innebär ett krav på att det i nationell lagstiftning införs en bestämmelse vari föreskrivs att för det fall en anbudssökande erbjuder ett onormalt lågt pris, ska myndigheten skriftligen begära att denne för-

tydligar sitt priserbjudande. Det ska således finnas en paragraf som ger den vars anbud riskerar att förkastas en möjlighet att lämna en förklaring, och inget anbud får förkastas på grund av att det är onormalt lågt utan att anbudsgivaren först fått tillfälle att lämna en sådan förklaring.

Frågan uppkommer om EU-domstolens avgörande därutöver innebär en skyldighet för en upphandlande myndighet att alltid begära förtydliganden av onormalt låga anbud. Förvaltningsrätten finner inte att någon sådan skyldighet föreligger. Det kan då enligt förvaltningsrättens mening inte finnas skäl för rätten att ingripa mot en upphandling för att den upphandlande myndigheten har godtagit förklaringar till det låga anbudet som, enligt den som begär överprövning, eventuellt inte borde ha godtagits. Förvaltningsrätten saknar därmed skäl att närmare utreda och bedöma de förklaringar som i denna upphandling givits till låga anbud. På denna punkt ska därför både Mirois yrkande om ingripande enligt LOU och Mirois yrkande om editionsföreläggande avslås.

Ekonomisk kapacitet och JB:s anbud samt skada

I förfrågningsunderlaget, punkten 1.3.3, anges under rubriken ”Ekonomisk ställning” bl.a. följande:

Anbudsgivaren **skall** ha en stabil ekonomisk bas. För att försäkra sig om detta använder Arbetsförmedlingen sig av det signalsystem som finns i TendSign och som hämtar uppgifterna från kreditupplysningsföretaget CreditSafe. Genom signalsystemet erhåller anbudsgivarna en färgmarkering utifrån en av Arbetsförmedlingen vald kreditmall.

Om en anbudsgivare får omdömet ”Prövning (gul signal)” eller ”Avslag (röd signal)” **skall** anbudsgivaren, i sitt anbud, för att bedömas kvalificerad och gå vidare till utvärdering göra sannolikt för Arbetsförmedlingen att företaget har ekonomisk förmåga att genomföra uppdraget. Omdömet ”Ej aktiv (grå signal)” kräver speciell utredning. Om anbudsgivaren får omdömet ”Godkänd” (grön signal)” anses företaget ha en stabil ekonomisk bas.

Arbetsförmedlingen kan alltid komma att begära in kompletterande upplysningar om den ekonomiska förmågan.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

Anbudsgivaren kan nedan lämna kompletterande information om sin ekonomiska förmåga. Om ingen kompletterande information lämnas, anges "ej aktuellt". Anbudsgivaren rekommenderas att ta en kreditupplysning på sig själv hos CreditSafe innan anbudslämnare.

Ingenstans under denna punkt i förfrågningsunderlaget, utom möjligen gällande de troligen sällsynta fall då en grå signal ("ej aktiv") getts från CreditSafe, framgår att Arbetsförmedlingen kommer att vidta egna undersökningsåtgärder på andra sätt än genom att begära in kompletterande upplysningar från anbudsgivaren, eller hur dessa åtgärder i så fall kommer att gå till. Trots detta anges i upphandlingsprotokollet följande:

I förfrågningsunderlaget avsnitt 1.3.3 redovisas kraven som ställs på anbudsgivarens ekonomiska förmåga. Här hänvisas till det signalsystem som CreditSafe tillhandahåller med förmarkeringarna grön, gul och röd. Det har visat sig att färgmarkeringarna inte är tillförlitliga, en del anbudsgivare som varit i kontakt med CreditSafe har fått andra "signal-färger" än de som redovisats till Arbetsförmedlingen via upphandlingsverktyget TendSign. På grund av detta har ingen anbudsgivare diskvalificerats utan möjlighet att lämna kompletterande upplysningar om sin ekonomiska ställning, alternativt att Arbetsförmedlingen inhämtat upplysningar på andra sätt.

Detta har fått Miroi att väcka frågorna dels vad de andra sätt på vilka Arbetsförmedlingen inhämtat upplysningar har innefattat, dels hur Arbetsförmedlingen kan veta att inte Miroi på en eller flera leveransorter har utkonkurrerats av någon som fått grön signal från CreditSafe men inte borde ha fått detta. Arbetsförmedlingen har till förvaltningsrätten anfört att andra kontrollåtgärder gjordes för att säkerställa likabehandlingsprincipen och undvika att någon anbudsgivare på felaktiga grunder skulle diskvalificeras. Man tillägger vidare att detta inte har gjorts endast för anbudsgivare som riskerade diskvalificering, utan att Arbetsförmedlingen för samtliga inlämnade anbud har gjort de efterforskningar som bedömts erforderliga för att säkerställa att anbudsgivare har tillräcklig ekonomisk förmåga.

Ett delvis likartat förfaringssätt prövades av Kammarrätten i Sundsvall i dom den 26 maj 2008, mål nr 492-08. I det fallet hade den upphandlande

myndigheten funnit att ett försäkringsbrev, som en anbudsgivare bifogat för att styrka uppfyllelse av ett skall-krav på ansvarsförsäkring, saknade information som bekräftade giltighetstiden. Den upphandlande enheten inhämtade då ex officio ett förtydligande från den försäkringsmäklare som den i målet aktuella anbudsgivaren nyttjade för hantering sina försäkringar.

Kammarrätten ansåg att detta förfarande stred mot principerna om lika-behandling och affärsmässighet enligt då gällande äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÅLOU). Kammarrätten hänvisade till 6 kap 8 § andra stycket ÅLOU, som är i princip identisk med 15 kap. 12 § andra stycket i nuvarande LOU, vari stadgas att myndigheten får begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för sär-behandling eller konkurrensbegränsning. Kammarrätten fastslog att denna bestämmelse om möjlighet till komplettering inte medger att den upphandlande enheten kan företa egna undersökningar på sätt som skedde.

Det finns i förevarande upphandling två skillnader mot kammarrättens fall. För det första var i kammarrättens fall den upphandlande enhetens inhämtande av information från en utomstående begränsad till en relativt lättkontrollerad fråga medan Arbetsförmedlingens motsvarande efterforskningar, att döma av deras egen beskrivning, varit ett systematiskt förfaringssätt. För det andra var det i kammarrättens fall öppet vem den upphandlande enheten hade kontaktat, vilken fråga som ställdes och vilket svar som gavs, medan detta inte är transparent i Arbetsförmedlingens fall.

Förvaltningsrätten anser att Arbetsförmedlingens förfaringssätt utgör en överträdelse av transparensprincipen. Miroi riskerar att lida skada härav, eftersom de har lämnat anbud på ett stort antal orter där någon annan anbudsgivare tilldelats kontraktet. Huruvida Arbetsförmedlingen även brutit mot likabehandlingsprincipen kan inte utredas på befintligt material. Redan

det faktum att Arbetsförmedlingen brutit mot transparensprincipen på sätt som kan skada Miroi är emellertid skäl för ingripande enligt LOU.

Eftersom Arbetsförmedlingens överträdelse av transparensprincipen inte skett under upphandlingens konkurrensuppsökande skede, saknas skäl att förordna att upphandlingen ska göras om. Inte heller finns skäl att ingripa på de leveransorter där Miroi vunnit eller inte lämnat anbud eftersom Miroi, på dessa orter, inte kan ha lidit någon skada. Mirois ansökan om överprövning ska därför delvis bifallas genom att utvärderingen ska göras om på de orter där Miroi lämnat anbud utan att vinna.

Eftersom JB såvitt framkommit uppfyllt de krav som ställts i förfrågningsunderlaget, saknas skäl att förordna om att JB ska uteslutas på grundval av uppgifter som Miroi kommit in med i överprövningsprocessen. Yrkandet härom ska därför avslås.

Vid denna utgång saknas också skäl att förordna om editionsföreläggande gällande de handlingar genom vilka Arbetsförmedlingen ställt frågor om olika anbudsgivares ekonomiska kapacitet och de handlingar i vilka man fått svar på dessa frågor, vare sig Arbetsförmedlingen ställt frågorna till anbudsgivaren själv eller till någon annan. Mirois yrkande om editionsföreläggande ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).



Robert Johansson

Rådman

Föredragande har varit David Munck.



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nå för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.