



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM
2017-04-26
Meddelad i Stockholm

Mål nr
26401-16

SÖKANDE

Astar AB, 556614-8093

Ombud: Advokat Jimmy Carnelind och
biträdande jurist Erik Jansson
MAQS Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Arbetsförmedlingen
Juridiska avdelningen
113 99 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2017-04-26	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 820720

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt		

BAKGRUND

Arbetsförmedlingen har genomfört upphandlingen, Individuellt pedagogiskt stöd vid utbildning, Af-2016/0016 7734. Upphandlingen är uppdelad i tio leveransområden. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt 15 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Av tilldelningsbeslut daterat den 2 december 2016 framgår att Arbetsförmedlingen valt att avseende leveransområde 1-10 ingå avtal med andra leverantörer än Astar AB (Astar).

YRKANDEN M.M.

Astar yrkar att upphandlingen rättas avseende samtliga delområden på så sätt att en ny utvärdering sker där Astars anbud ingår. Arbetsförmedlingen har felaktigt uteslutit Astar, i första hand då det inte har uppställts något obligatoriskt krav på angivande av en tidigare uppdragstagare som referens, och i andra hand då detta krav i så fall inte har framgått av förfrågningsunderlaget utan tillkommit först vid en senare tidpunkt. . Genom att felaktigt ha uteslutits från möjligheten att tilldelas kontrakt har Astar lidit skada. Med hänsyn till utvärderingskriteriernas utformning är det fullt möjligt att Astar skulle ha tilldelats kontrakt avseende ett eller flera av de upphandlade områdena.

Till stöd för sin talan anför Astar i huvudsak följande. I upphandlingen har referensuppdrag uppställts som bevis på teknisk och yrkesmässig kapacitet. Astar angav ett referensuppdrag som [REDACTED] genomfört när han var anställd hos Iris Hadar AB. Uppdraget som genomförts för Arbetsförmedlingen som uppdragsgivare uppfyller upphandlingens krav. Astar uppgav vilket uppdrag [REDACTED] tidigare arbetat med samt en kontaktperson hos Arbetsförmedlingen med dennes telefonnummer.

Med motiveringen att Astar inte hade angivit kontaktuppgifter till person som representerar uppdragsgivaren för referensuppdraget uteslöts Astar från upphandlingen. Motiveringen är felaktig. Astar har angett referensperson hos Arbetsförmedlingen som är uppdragsgivare, samt kontaktuppgifter till denna person. Sannolikt har Arbetsförmedlingen med sin uteslutningsmotivering avsett att Astar inte lämnat kontaktuppgifter till Iris Hadar AB.

Under anbudstiden ställdes den fråga som framgår av bilaga 2 p. 14. Arbetsförmedlingen uppgav där bland annat "... I de fall referensuppdraget inte är utfört av ert företag, så vill vi ha kontaktuppgifter till någon på det företag som genomfört referensuppdraget, även om det utförts åt Arbetsförmedlingen. Då räcker det inte att bara ange "Arbetsförmedlingen". Anledningen är att vi vill ha möjlighet att enkelt kontrollera att lämnade uppgifter stämmer".

Av förfrågningsunderlaget framgick att en referens skulle anges för uppdraget. Av denna skrivelse går det inte att utläsa att det även skulle krävas angivande av en referens hos den tidigare arbetsgivaren. Snarare ger sammanhanget bilden av att referensen avser just uppdragsgivaren då hela den inledande delen av stycket otvivelaktigt avser uppdragsgivarens referensperson, i detta fall Arbetsförmedlingens egna anställda.

Arbetsförmedlingen har därefter genom ett svar på en fråga angett bl.a. "...så vill vi ha kontaktuppgifter till någon på det företag som genomfört referensuppdraget...". Detta har Arbetsförmedlingen i kvalificeringsfasen sannolikt tolkat som att man uppställt ett obligatoriskt krav. Denna tolkning strider mot förfrågningsunderlagets formuleringar. Det kan inte heller av formuleringen "...så vill vi ha..." i sig anses framgå att det är ett krav. I förfrågningsunderlaget och svaren på frågor förekommer i övrigt skrivningar från Arbetsförmedlingen som avser önskemål men där man uppenbarligen inte

anser att dessa är obligatoriska för anbudsgivaren att följa, se t.ex. p. 3 i frågor och svar avseende fråga 3.

Astar anför vidare att om förvaltningsrätten skulle finna att Astars anbud innehåller en formell brist i form av avsaknad av kontaktuppgift till person på Iris Hadar AB är det uppenbart i strid med proportionalitetsprincipen att förkasta deras anbud. Enligt proportionalitetsprincipen är en utgångspunkt att alla krav som uppställs i en upphandling och alla åtgärder som vidtas i en upphandling att de måste vara proportionella. De upphandlingsrättsliga principerna ska enligt förarbetena till LOU iaktas i alla faser av ett upphandlingsförfarande (se prop. 2006/07:128, s. 156). Astars anbud innehåller kontaktuppgift till en person hos uppdragsgivaren — Arbetsförmedlingen—som kan verifiera referensuppdraget. Syftet med kravet är därmed uppfyllt. Om det varit ett obligatoriskt krav för Astar att ange kontaktperson hos Iris Hadar AB så har det kravet varit en ren ordningsföreskrift utan materiell innebörd i den uppkomna situationen. Bristen hade också enkelt kunnat läkas genom en komplettering av det angivna referensuppdraget. Det följer av såväl praxis som doktrin att förkastande av Astars anbud då strider mot proportionalitetsprincipen.

Astar påpekar vidare att de lämnade samma referensuppdrag och åberopade samma referensperson hos Arbetsförmedlingen i den föregående IPSU-upphandlingen 2015 där referenskravet utformades på identiskt sätt.

Arbetsförmedlingen bestrider bifall till Astars ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande. Astar har inte bedömts uppfylla ett ska-krav i punkt 1.2.10 i förfrågningsunderlaget då det saknas kontaktuppgifter till person som representerar uppdragsgivaren då bolaget inte själv har utfört referensuppdraget. Arbetsförmedlingen anser inte att det ställda kravet på ett referensuppdrag, av den som inte själv kan åberopa ett eget referensuppdrag gentemot Arbetsförmedlingen skulle utgöra ett brott mot likabehandlings-

principen. I de fall en anbudsgivare har utfört ett uppdrag åt Arbetsförmedlingen så finns erfarenheten redan hos leverantören. Arbetsförmedlingen behöver då inga uppgifter om vem som varit huvudansvarig eller liknande. Det viktiga är att erfarenheten av ett liknande uppdrag finns hos leverantören. Anledningen till att kravet har uppställts är att det i en sådan tjänst som denna krävs att leverantören har erfarenhet av liknande uppdrag. Om inte anbudsgivaren själv har genomfört ett liknande uppdrag är det viktigt att en person med efterfrågad erfarenhet utses som samordnings- eller huvudansvarig hos anbudsgivaren. För att säkerställa detta har det aktuella kravet på referensuppdrag uppställts. Kravet i punkt 1.2.10 tillsammans med det svar som lämnades på fråga som ställdes i Tendsign den 9 september är väldigt tydligt. Det kan därmed inte tolkas på annat sätt än att en anbudsgivare i allmänhet kan förstå vad som avses.

Det är korrekt att kravet justerats i förhållande till tidigare upphandling. Skälet till ändringarna har varit att det tydligare ska framgå vad som efterfrågas. I den nya skrivningen efterfrågades befattning på kontaktpersonen och det förtydligades även att syftet var att denna person kunde bekräfta lämnade uppgifter. Texten är dock i stort sett densamma och i båda versionerna har det varit tydligt att anbudsgivaren alltid ska lämna kontaktuppgifter när anbudsgivaren inte utfört uppdraget själv.

Det är inte möjligt för en anställd på Arbetsförmedlingen att bekräfta vem som har haft samordningsansvaret/huvudansvaret för en viss tjänst. Även om vissa kontaktpersoner på Arbetsförmedlingen kan ha en nära kontakt med en person hos en leverantör har Arbetsförmedlingen inte vetskap om att denne person har ett uttalat samordningsansvar/ huvudansvar under minst sex månader för aktuell tjänst eller "bara" är kontaktperson till Arbetsförmedlingen. Det är därför nödvändigt att någon hos den tidigare uppdragsgivaren bekräftar att angiven person verkligen hade ett sådant ansvar som efterfrågats under minst sex månader.

Det kan också konstateras att endast en fråga (nr 14) har inkommit i "Frågor och svar", avseende detta krav och att det åligger anbudsgivarna att bevaka de svar som lämnas där enligt punkt 1.6.10 i förfrågningsunderlaget. Arbetsförmedlingen har besvarat frågan och därmed klargjort eventuella otydligheter i kravet och någon ytterligare fråga kring detta har inte inkommit. Kravet är således tydligt.

Beträffande möjligheterna till rättelse eller förtydligande av anbudet ger LOU endast i mycket liten utsträckning möjlighet till detta. Förtydligande eller komplettering får endast begäras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. I nu aktuellt ärende är det fråga om uppfyllelse av ett ska-krav. I en sådan situation är det inte möjligt att be anbudsgivaren rätta anbudet, eftersom det inte är fråga om ett uppenbart fel, eller på annat sätt förtydliga sitt anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) har den 1 januari 2017 upphävts och ersatts med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Av övergångsbestämmelserna till den nya lagen framgår dock att den upphävda lagen gäller för sådan upphandling som påbörjats före ikraftträdandet.

Enligt 16 kap. 2 § LOU första stycket ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra

upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 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 krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Proportionalitetsprincipen innebär att de krav som ställs vid en upphandling ska vara både nödvändiga och ändamålsenliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det som upphandlas (jfr. bl.a. prop. 2006/07:128 s. 132).

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Likabehandling och icke-diskriminering förutsätter att anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet. Detta innebär att upphandlande myndighet inte får anta anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget. En upphandlande myndighet har dock en hög grad av frihet att ställa de krav som den anser behövs för att säkerställa syftet med upphandlingen, förutsatt att kraven inte strider mot de gemenskapsrättsliga principerna eller reglerna i LOU.

Förvaltningsrättens bedömning

Astar anser att Arbetsförmedlingen felaktigt inte tagit upp deras anbud till prövning. De anser att förfrågningsunderlaget varit otydligt och att det inte framgår att det var ett obligatoriskt krav på angivande av en tidigare uppdragsgivare som referens och i andra hand att kravet tillkommit senare dvs. inte framgått av förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av transparens- och likabehandlingsprinciperna följer att den upphandlande enhetens krav i förfrågningsunderlaget ska ha angetts på ett sätt som är tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om vissa brister och oklarheter får godtas. Högsta förvaltningsdomstolen uttalade i RÅ 2002 ref. 50 att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag 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.

Det aktuella kravet i punkten 1.2.10 i förfrågningsunderlaget lyder:

Ange namn, befattning och telefonnummer till en person som representerar uppdragsgivaren för referensuppdraget och som kan bekräfta lämnade uppgifter. Det förutsätts att kontaktpersonen är vidtalad. Om anbudsgivaren har utfört referensuppdraget åt Arbetsförmedlingen räcker det att ange "Arbetsförmedlingen". I de fall referensuppdraget inte är utfört av offererande företag, eller utfört av en underleverantör till annan leverantör ska alltid kontaktuppgifter lämnas.

Förvaltningsrätten gör bedömningen att ska-kravet i punkt 1.2.10 förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt formulerat och preciserat. Arbetsför-

medlingen har anfört att kravet har uppställts för att tjänsten kräver att leverantören har erfarenhet av liknande uppdrag. Om inte anbudsgivaren själv har genomfört ett liknande uppdrag är det viktigt att en person med efterfrågad erfarenhet utses som samordnings- eller huvudansvarig hos anbudsgivaren. För att säkerställa detta har kravet på referensuppdrag uppställts. Förvaltningsrätten anser också att kravet är proportionerligt i förhållande till upphandlingsföremålet.

Vidare framgår av Frågor och Svar i TendSign vad som gäller i de fall referensuppdraget inte är utfört av offererande företag. Arbetsförmedlingen vill ha kontaktuppgifter till någon på det företag som genomfört referensuppdraget, även om det utförts åt Arbetsförmedlingen. Då räcker det inte att bara ange "Arbetsförmedlingen".

Förvaltningsrätten konstaterar vidare att en upphandlande enhet genom publika frågor och svar innan anbudet inges får göra kompletteringar och förtydliganden, men inte väsentliga förändringar. En upphandlande enhet får heller inte tillföra andra krav än dem som finns angivna i förfrågningsunderlaget, eftersom ett sådant agerande skulle medföra risk att förutsättningarna för upphandlingen ändras, vilket skulle strida mot likabehandlingsprincipen. Förvaltningsrätten finner med hänsyn till de svar som Arbetsförmedlingen lämnat att det är klart och tydligt framgår vilka kontaktuppgifter som ska lämnas då Astar inte själv har utfört referensuppdraget. Förvaltningsrätten gör således bedömningen att Arbetsförmedlingen agerat korrekt. Skäl för ingripande enligt LOU saknas därför med anledning av vad som framförts i denna del.

Vidare har Astar framfört att Arbetsförmedlingen hade kunnat begära att de kompletterat sitt anbud och att en komplettering inte hade varit en ny uppgift. Förvaltningsrätten konstaterar att det inte är möjligt för Arbetsförmedlingen att be Astar komplettera sitt anbud eftersom de inte uppfyller ett

ska-krav. Det skulle strida mot upphandlingsprinciperna att tillåta en sådan åtgärd.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget är så klart och tydligt utformat som de grundläggande principerna i 1 kap 9 § LOU förutsätter och att förfrågningsunderlagets utformning i denna del inte strider mot principerna om transparens, likabehandling och proportionalitet.

Mot bakgrund av ovan anförda anser förvaltningsrätten att Astar inte i målet visat att Arbetsförmedlingen agerat i strid mot LOU. Det saknas därmed förutsättningar att ingripa mot upphandlingen på grund av vad Astar har anfört. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV3109/1A LOU).

Charlotte Hedberg
Rådman

Målet har föredragits av Charlotta Aggevall.



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 nås 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.

