



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 20

DOM

2018-07-11

Meddelad i Stockholm

Mål nr

10548-18

12263-18

SÖKANDE

1. AcadeMedia Eductus AB, 556527-4007 (mål nr 10548-18)

Box 2546

403 17 Göteborg

Ombud: Advokat Maria Lidbom och jur.kand. Alexander Rappe

Advokatfirman LA Partners Aktiebolag

Box 487

201 24 Malmö

2. Polstjärnan i Sverige AB, 556863-4488 (mål nr 12263-18)

Tingsvägen 17

191 61 Sollentuna

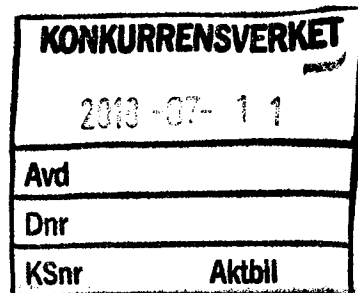
MOTPART

Arbetsförmedlingen, 202100-2114

113 99 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökningarna.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 8 maj 2018 upphör att gälla.

Dok.Id 993142

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

BAKGRUND

Arbetsförmedlingen genomför en ramavtalsupphandling av vårdbiträdesutbildning, ref Af-2017/00636027, genom ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Upphandlingen omfattar 25 olika leveransorter på vilka utbildning ska kunna bedrivas kontinuerligt under avtalstiden. Anbud kan lämnas på en eller flera leveransorter. De angivna leveransområdena kommer att utvärderas var för sig, vilket innebär att Arbetsförmedlingen kommer att teckna avtal med en leverantör per leveransort. Sista dag för att lämna anbud var den 7 maj 2018. AcadeMedia Eductus AB (AcadeMedia) och Polstjärnan i Sverige AB (Polstjärnan) lämnade inte anbud men har nu begärt överprövning av upphandlingen. AcadeMedia yrkade i samband med ansökan om överprövning att förvaltningsrätten skulle fatta ett interimistiskt beslut, varefter förvaltningsrätten den 8 maj 2018 beslutade att Arbetsförmedlingen inte får ingå avtal i den aktuella upphandlingen innan något annat har bestämts.

YRKANDEN M.M.

AcadeMedia ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. (mål nr 10548-18)

Polstjärnan ansöker om överprövning och yrkar i första hand att Arbetsförmedlingen rättar kvalificeringskraven och samtidigt förlänger anbudstiden. I andra hand yrkas att upphandlingen görs om. (mål nr 12263-18)

Arbetsförmedlingen motsätter sig bifall till ansökningarna.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Frågan i målet är om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på de grunder som AcadeMedia och Polstjärnan har anfört.

Enligt 20 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot 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.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Har Arbetsförmedlingen brutit mot transparensprincipen genom att inte uppge förväntade volymer? (mål nr 10548-18)

AcadeMedia anför att bolaget inte kunnat lämna anbud och därmed lidit skada eftersom Arbetsförmedlingen inte uppgett några förväntade volymer. AcadeMedia menar att upphandlingen strider mot transparensprincipen eftersom avsaknad av uppgift om förväntade volymer gör att anbudsgivarna inte kan beräkna anbudspriset eller få någon uppfattning om vilka resurser uppdraget kräver. Academedias uppgifter vidare att detta är särskilt allvarligt mot bakgrund av att endast en leverantör ska antas per område och att kontraktsvillkoren innebär att denna måste kunna leverera oavsett hur omfattande avropen blir. Om leverans inte sker kommer leverantören drabbas av sanktioner i form av vite, hävning och skadestånd. AcadeMedia

uppges också att det finns en skyldighet för upphandlande myndigheter att uppskatta värdet på upphandlingen och att Arbetsförmedlingen inte lämnat någon uppgift om upphandlingens värde.

Arbetsförmedlingen anför att Arbetsförmedlingen genom upphandlingsdokumentet tillsammans med uppgifter som lämnats under anbudstiden har angett en uppskattad volymuppgift.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Värdet av en upphandling beräknas för att avgöra vilka bestämmelser som ska tillämpas på upphandlingen. Arbetsförmedlingen har bedömt att det i förevarande fall är en upphandling under tröskelvärdena och att ett förenklat förfarande ska användas. AcadeMedia har inte ifrågasatt valet av förfarande. Varken LOU eller praxis uppställer någon skyldighet för myndigheten att ange värdet av upphandlingen i upphandlingsdokumentet utöver vad som krävs för att bedöma val av förfarande. När det sedan gäller vad AcadeMedia uppgett om att Arbetsförmedlingen inte angett några förväntade volymer kan inledningsvis konstateras att det är en del av ramavtalets natur att någon garanterad avropsmängd inte kan anges. Det följer dock av transparensprincipen att anbudsgivarna måste ges sådan information att de kan göra i vart fall en grov uppskattning av avtalets omfattning. Detta är en förutsättning för att anbudsgivarna ska kunna bedöma om det är affärsmässigt motiverat att lägga anbud och i så fall hur anbudet ska utformas.

Arbetsförmedlingen har lämnat uppgifter om att det krävs minst 10 deltagare för att ett kurstillfälle ska bli av på en leveransort, att Arbetsförmedlingen bedömer att det finns behov av minst ett kurstillfälle per leveransort kontinuerligt och att det i de större städerna och i områden med stor brist på utbildade undersköterskor troligtvis finns ett större behov. Förvaltningsrätten anser att dessa uppgifter får anses tillräckliga för att

anbudsgivarna ska kunna få en bild av omfattningen av upphandlingen och kunna lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

AcadeMedia har vidare anfört att kravet på referensuppdrag strider mot transparensprincipen, att utvärderingsmodellen strider mot transparens- och proportionalitetsprincipen och att kontraktsvillkoren strider mot proportionalitetsprincipen. De brister som framhållits i dessa delar är emellertid kopplade till påståendet att Arbetsförmedlingen inte angett några förväntade volymer. Eftersom förvaltningsrätten kommit fram till att Arbetsförmedlingen har angett tillräckliga uppgifter för en uppskattning av volymerna bedömer förvaltningsrätten att det inte heller finns skäl att ifrågasätta varken utformningen av kravet på referensuppdrag, utvärderingsmodellen eller kontraktsvillkoren.

Förvaltningsrätten finner således att AcadeMedia inte har visat att Arbetsförmedlingen brutit mot transparensprincipen eller proportionalitetsprincipen. Skäl för ingripande på denna grund saknas.

Har Arbetsförmedlingen brutit mot proportionalitetsprincipen genom utformningen av kravet på referensuppdrag? (12263-18)

Polstjärnan anför att Arbetsförmedlingens krav på att anbudsgivaren ska ha erfarenhet av uppdrag med likartad inriktning och omfattning som det efterfrågade uppdraget är i strid med proportionalitetsprincipen. Detta eftersom kravet enligt Arbetsförmedlingen endast kan uppfyllas genom anbudsgivaren som företag eller med stöd av underleverantörer och inte genom att utpekade nyckelpersoner i företaget har den efterfrågade erfarenheten. Polstjärnan anger bl.a. följande. Enligt LOU bör upphandlande myndighet välja olika alternativ som försäkrar att leverantören kan uppfylla upphandlingens villkor och bör eftersträva det minst exkluderande sättet. Ett alternativ kan således vara att anbudsgivaren med dess nyckelpersoner i

ledande ställning uppfyller de formella kraven på yrkesmässig kapacitet och referensuppdrag. Polstjärnan har den formella kompetensen, dokumenterad erfarenhet och goda referenser som efterfrågas i ledning och medarbetare. Polstjärnan är en nystartad verksamhet och blir därmed i praktiken exkluderat från att svara på upphandlingen eftersom företrädare inte godtas som alternativ. Polstjärnan kan därför komma att lida ekonomisk skada. Arbetsförmedlingen hänvisar till att kravet kan uppfyllas med hjälp av underleverantörer och att nystartade företag därmed inte missgynnas. I praktiken är det dock inte genomförbart eftersom ett godkänt referensuppdrag är att betrakta som en stark konkurrensfördel gentemot andra leverantörer på marknaden och kan innebära en risk för en osund andrahandsmarknad. Vidare innebär det faktum att kravet kan styrkas genom en underleverantör att en enskild person, inom ramen för ett eget företag, utfört ett sådant referensuppdrag. Ett sådant uppdrag är i allt väsentligt att likställa med uppdrag som är genomfört inom ramen för en anställning. Skillnaden är endast av teknisk betydelse.

Arbetsförmedlingen anför bl.a. följande. Arbetsförmedlingen har vid framtagande av upphandlingsdokumentet gjort ett övervägande som innebär att det ska finnas ett etablerat företag med erfarenhet av motsvarande uppdrag. Detta har gjorts mot bakgrund av vårdutbildningens mål, kravet på betygsrätt och certifiering av vårdcollege. Arbetsförmedlingen har valt att ställa kravet gällande referens på företaget i syfte att säkerställa att företaget har förmåga att utföra uppdraget avtalsenligt under hela ramavtalsperioden och säkerställa en god och säker leverans med kontinuitet trots komplexiteten i uppdraget. Ett företags samlade resurser och erfarenhet på det efterfrågade område erbjuder ett större mått av kravtillgodoseende än om kompetensen och erfarenheten knyter an endast till en bestämd medarbetare i företaget. Anbudsgivare har möjlighet att lägga anbud på upp till 25 orter som omfattas av upphandlingen och därmed kan leverans behöva ske samtidigt på flera orter. Krav som är kopplade till företagets erfarenhet är

därför nödvändigt. Arbetsförmedlingen delar inte Polstjärnans påstående om att det finns en risk för osund andrahandsmarknad om underleverantörer används. Arbetsförmedlingen har i upphandlingsdokumentet öppnat upp för att leverantörer har möjlighet att använda underleverantörer för utförande av uppdraget. Med hänsyn till det som ska upphandlas och avtalstidens omfattning anser Arbetsförmedlingen att referenskravet är proportionerligt.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. En upphandlande myndighet har stor frihet att uppställa vilka krav den vill så länge kraven är förenliga med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna. Principen om proportionalitet innebär att samtliga krav som ställs i upphandlingsförfarandet måste stå i rimlig proportion till de mål som eftersträvas med upphandlingen. En proportionalitetsbedömning sker vanligen i tre steg. Det första innefattar frågan om åtgärden är ägnad att tillgodose det avsedda ändamålet. Det andra steget utgörs av en prövning av om den är nödvändig för att uppnå det avsedda ändamålet. Till sist bedöms om den fördel som det allmänna vinner står i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar berörda enskilda intressen.

Syftet med det uppställda referenskravet är enligt Arbetsförmedlingen att säkerställa att anbudsgivaren har förmåga att utföra uppdraget avtalsenligt under hela ramavtalsperioden och säkerställa en god och säker leverans med kontinuitet i uppdraget. Att uppställa ett krav om att anbudsgivarna ska kunna visa att de har utfört liknande uppdrag är utan tvekan en åtgärd som är ägnad att tillgodose det uppställda syftet. Frågan är om kravet är nödvändigt för att uppnå det avsedda ändamålet eller om det, som Polstjärnan gör gällande, kan vara tillräckligt att nyckelpersoner i företaget har utfört liknande uppdrag. Förvaltningsrätten anser att ett företags samlade resurser och erfarenhet inom det efterfrågade området medför att kravet på erfarenhet kan tillgodoses bättre än om erfarenheten endast är knuten till vissa bestämda medarbetare i företaget. Förvaltningsrätten anser också att

det är nödvändigt med det ställda kravet på referensuppdrag för att uppnå tillräcklig kompetens och erfarenhet med hänsyn till att det rör sig om ett ramavtal av utbildning under längre tid och de särskilda krav som därvid ställs med bl.a. betygsrätt och certifiering av vårdcollege. Förvaltningsrätten bedömer slutligen att fördelen med det uppställda kravet står i rimlig proportion till den nackdel det kan innebära för nystartade företag. Härvid ska särskilt framhållas att nystartade företag inte utesluts från att lämna anbud utan har möjlighet att anlita underleverantörer för att uppnå kravet.

Förvaltningsrätten finner således att Polstjärnan inte har visat att Arbetsförmedlingen brutit mot proportionalitetsprincipen eller någon annan princip. Skäl för ingripande på denna grund saknas.

Sammanfattande bedömning

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att de omständigheter som AcadeMedia och Polstjärnan åberopat inte visat att Arbetsförmedlingen i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot bestämmelserna i LOU. Grund för ingripande enligt LOU finns därför inte varför AcadeMedias och Polstjärnans ansökningar ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Per-Erik Nistér

Tf. rådman

Anna-Karin Saxvold har föredragit målen.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nå för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättsens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 rättsens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.