



SÖKANDE

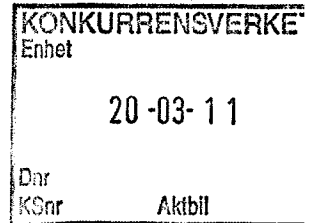
Väglednings- & Utvecklingscenter iWork NKPG AB, 559134-8254
Sandbyhovsgatan 19
602 11 Norrköping

MOTPART

Arbetsförmedlingen
113 99 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Arbetsförmedlingen genomför en upphandling benämnd Arbetsintegrerande övningsplatser nationell, Af-2018/0046 3654. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Upphandlingen avser samtliga län i Sverige förutom Gävleborgs län och varje leveransområde ska enligt upphandlingsdokumentet uppfattas som en egen upphandling. Arbetsförmedlingen avser att teckna ramavtal med samtliga leverantörer vars anbud uppfyller ställda krav.

I punkt 3.3 i upphandlingsdokumentet anges bl.a. följande. Upphandlingen är reserverad för leverantörer som uppfyller nedanstående krav, vilka ska vara uppfyllda vid anbudslämning. Leverantören ska utgöra en skyddad verkstad eller vara en leverantör vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden (*verksamhetskrav*). Minst 30 procent av de som sysselsätts i den skyddade verkstaden, hos leverantören eller i programmet för skyddad anställning, är personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden (*andelskrav*). Anbudsgivaren ska styrka att denne är kvalificerad att delta i denna reserverade upphandling genom att bifoga till exempel stadgar, bolagsordning eller motsvarande styrdokument, årsredovisning eller annan lämplig dokumentation till anbudet. Dokumentationen ska visa att leverantören uppfyller såväl verksamhetskravet som andelskravet.

Väglednings- & Utvecklingscenter iWork NKPG AB (iWork) har lämnat anbud för leveransområde Östergötland. Arbetsförmedlingen har först bedömt att iWorks anbud inte uppfyller verksamhetskravet och förkastat anbudet. Arbetsförmedlingen har efter inkomna förtydliganden från iWork gjort en rättelse av upphandlingsprotokollet där det framgår att iWork

uppfyller verksamhetskravet men att ingivet underlag inte visar att andelskravet är uppfyllt.

iWork ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att iWork ska anses uppfylla samtliga krav. Till stöd för sin talan anför iWork bl.a. följande.

Tilldelningsbeslutet har fattats på felaktiga grunder. Arbetsförmedlingen har efter inlämnade förtydliganden bedömt att iWork uppfyller verksamhetskravet. Arbetsförmedlingen har dock angett att iWork genom det bifogade underlaget inte kan styrka att minst 30 procent av de personer som anvisats till verksamheten består av funktionshindrade och personer som ligger långt ifrån arbetsmarknaden. Detta krav är nytt och har inte beskrivits i den första motiveringen som skickades ut i samband med tilldelningsbeslutet.

För att påvisa vilka uppdrag som verksamheten ägnar sig åt har en överenskommelse mellan iWork och Arbetsförmedlingen gällande tjänsterna förstärkt arbetsträning och arbetsträning bifogats anbudet. Av denna framgår syftet med insatserna och dess innehåll samt antalet platser som leverantören erbjuder, dvs. 25 platser per uppdrag. I samma underlag beskrivs även metoden och att insatserna riktar sig till personer som behöver extra stöd och vägledning för att närma sig arbetsmarknaden eller studier. Begreppet arbetslivsinriktad rehabilitering sammanfattar att iWork vänder sig till en sådan målgrupp som har en funktionsnedsättning och som har svårt att ta sig in på arbetsmarknaden. Ingen som har påvisad arbetsförmåga och anser sig vara arbetsför kan anvisas till den insatsen. Även om detta framgår tydligt av underlaget medger iWork att detta borde ha förtydligats i ett separat underlag. iWork har dock i e-post till Arbetsförmedlingen gett in förtydliganden efter tilldelningsbeslutet där det påvisats att andelskravet är uppfyllt. iWork har i samband med anbudet även gett in dokumentet ”Referensuppdrag” som styrker leverantörens syfte och målgrupp. iWork

medger delvis att det av inlämnat underlag är svårt att tyda antalet personer som har anvisats. Det framgår dock tydligt hur många personer som kan tas emot per tillfälle samtidigt som det finns en ekonomisk historia som styrker att tillräckligt många har sysselsatts hos leverantören. iWork har även i e-post till Arbetsförmedlingen angett att cirka 80 personer har passerat verksamheten och att cirka 10 av dessa personer anvisats i vanlig arbetsutbildning och resten till förstärkt utbildning. Minst 75 procent av de anvisade personerna har någon form av funktionsnedsättning och har svårt att komma in på arbetsmarknaden.

I samband med anbudet lämnades även ett ekonomiskt intyg och rankningar från Creditsafe som styrker den ekonomiska statusen. I det fall iWork inte hade haft tillräcklig andel av deltagare anvisat till den egna verksamheten hade detta syns i den ekonomiska granskningen som görs av Arbetsförmedlingen. iWork har även varit leverantör till Arbetsförmedlingen sedan december 2017. Arbetsförmedlingen har gjort antaganden om att det inte framgår hur många av de 25 personerna som har passerat bolaget och har därför inte varit korrekta i sin bedömning.

Arbetsförmedlingen yrkar att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Arbetsförmedlingen har inte handlat i strid med LOU eller de grundläggande principerna. Arbetsförmedlingen har vid nya granskningar av iWorks anbud gjort en annan bedömning av uppgifterna i anbudet och detta har meddelats i ett rättat upphandlingsprotokoll. Tilldelningsbeslutet kan ändras och är inte bindande för Arbetsförmedlingen. Andelskravet har vidare funnits med i upphandlingsdokumentet från början och är således inget nytt krav. Det är enbart själva bedömningen rörande andelskravet som har ändrats.

I punkt 3.5.1 i upphandlingsdokumentet anges att anbudsgivare ska ha erfarenhet från uppdrag med likartad inriktning som den tjänst som upphandlas. Syftet med detta var att visa tidigare erfarenhet och att anbudsgivaren har förmåga att genomföra tjänsten. Syftet är inte att Arbetsförmedlingen ska använda referensuppdragen för att kolla upp och säkerställa att uppgifterna i anbudet stämmer. På samma sätt innehåller en kreditupplysning endast information för bedömningen av om anbudsgivaren har ekonomisk förmåga att genomföra tjänsten under hela avtalstiden. En kreditupplysning kan inte användas för att visa att andelskravet uppfylls då den inte innehåller uppgifter om antalet deltagare hos en leverantör.

Det är iWork som har bevisbördan och som i sitt anbud ska visa att andelskravet uppfylls. Den e-postkorrespondens som iWork hänvisar till innehåller nya uppgifter som skickats till Arbetsförmedlingen efter det att anbudet har lämnats in. Dessa uppgifter kan inte beaktas vid bedömningen då det skulle strida mot likabehandlingsprincipen. De dokument som iWork har bifogat till anbudet avser anmälningar av platser för arbetsträning respektive förstärkt arbetsträning inom jobb- och utvecklingsgarantin samt jobbgarantin för ungdomar. Detta innebär att iWork har ställt ett antal platser för arbetsträning till Arbetsförmedlingens förfogande. För att en arbetssökande ska kunna arbetsträna hos iWork krävs att Arbetsförmedlingen först fattar ett förvaltningsrättsligt beslut om arbetsträning avseende en enskild arbetssökande. Den arbetssökande måste därmed uppfylla vissa villkor i de förordningar som styr den arbetsmarknadspolitiska verksamheten. Anmälningarna är således inget beslut eller bindande avtal och anger därmed inte något om antalet deltagare som iWork faktiskt tagit emot. Anmälningarna kan därför inte användas för att visa att andelskravet är uppfyllt. iWork har inte heller genom andra handlingar visat att andelskravet är uppfyllt. Eftersom iWorks anbud rätteligen har förkastats saknas skäl för ingripande mot upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

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 har gjorts.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grund av vad sökanden har framfört i målet finns grund för att ingripa mot upphandlingen enligt 20 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 är det inte tillräckligt att sökanden anser sig lida skada eller kunnat komma att lida skada, utan sökanden ska också visa att så varit fallet på grund av de brister som påtalats (HFD 2013 ref. 53).

Enligt 4 kap. 18 § LOU får en upphandlande myndighet för en upphandling 1. reservera deltagandet för skyddade verkstäder eller för leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden, eller 2. föreskriva att ett kontrakt ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning. En förutsättning för att en

leverantör ska få delta i en sådan upphandling är att minst 30 procent av dem som sysselsätts i den skyddade verkstaden, hos leverantören eller i programmet för skyddad anställning är personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden.

Genom 4 kap. 18 § LOU genomförs artikel 20.1 i direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet). Av förarbetena till paragrafen framgår bl.a. följande. När det gäller leverantörens syfte med verksamheten uppställer inte direktivet något krav på att leverantören ska ha en särskild associationsrättslig form eller företagsstruktur. Enligt direktivet ska social och yrkesmässig integration vara leverantörens främsta syfte. Det får därför inte råda några tveksamheter om att verksamhetens övergripande syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden. Bedömningen av om villkoren är uppfyllda ska göras utifrån det underlag som leverantören har gett in i form av exempelvis bolagsordning eller stadgar. Bedömningen av om andelskravet är uppfyllt ska göras i förhållande till leverantörens verksamhet i dess helhet (se prop. 2015/16:195 s. 461–462). Vidare anges i förarbetena att ordalydelse i direktivets artiklar inte ger stöd för något annat än att kravet på verksamhetens syfte tar sikte på verksamheten i dess helhet. Detta innebär att även om det rör sig om en leverantör där endast 30 procent av arbetstagarna är personer med funktionsnedsättning ska verksamheten i dess helhet ha det ovan beskriva syftet som det främsta syftet (se SOU 2014:51 s. 55).

Enligt 4 kap. 9 § första stycket LOU får en upphandlande myndighet tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en

sådan handling. Enligt paragrafens andra stycke ska en sådan åtgärd vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

Möjligheterna till förtydligande och komplettering ska emellertid tillämpas restriktivt. Helt nya sakuppgifter kan inte tillföras ett anbud genom komplettering eller ett förtydligande. Gemensamt för termerna förtydliga och komplettera är att det inte handlar om att ersätta tidigare lämnade uppgifter med nya utan om att konkretisera dem på något sätt. Av likabehandlingsprincipen följer att anbud som huvudregel inte får ändras sedan tidsfristen för anbud har löpt ut (EU-domstolens dom den 10 oktober 2013 i mål C-336/12 samt prop. 2015/16:195 s. 446 och 977)

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar att andelskravet i punkt 3.3 i upphandlingsdokumentet är ett obligatoriskt krav som leverantören ska uppfylla för att kunna kvalificeras i upphandlingen. Kravet är således inte nytt. iWork har för att visa att andelskravet är uppfyllt bifogat två anmälningar av platser för arbetsträning respektive förstärkt arbetsträning inom jobb- och utvecklingsgarantin samt jobbgarantin för ungdomar. Av dessa framgår hur många personer som iWork kan ta emot. Det framgår även att Arbetsförmedlingen inte garanterar att volymen kommer att tas i anspråk.

Av andelskravets ordalydelse framgår att minst 30 procent av de som sysselsätts ska vara personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden. Detta innebär enligt förvaltningsrättens mening att personerna ska vara sysselsatta inom verksamheten för att kravet ska anses vara uppfyllt. Det är således inte tillräckligt att en leverantör visar att sysselsättning i en sådan omfattning kan erbjudas. Förvaltningsrätten anser därmed att iWork genom bifogat underlag inte har visat att andelskravet är uppfyllt.

iWork har angett att även uppgifter i form av referensuppdrag och ekonomisk kapacitet styrker att andelskravet är uppfyllt. Förvaltningsrätten anser att dokument som tillförts anbudet för att styrka andra krav i upphandlingen saknar betydelse för prövningen av om andelskravet är uppfyllt.

iWork har även efter anbudstidens utgång lämnat två förtydliganden till Arbetsförmedlingen där det bl.a. framgår att 80 personer har passerat bolaget och att 75 procent av dessa avser personer med funktionshinder och som har svårt att komma in på arbetsmarknaden. Förvaltningsrätten anser att uppgifterna är sådana nya sakuppgifter som inte framgår av anbudet och som inte får tillföras anbudet genom komplettering eller förtydligande. Arbetsförmedlingen har därför haft fog för att inte beakta dessa uppgifter.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att iWork inte har visat att andelskravet i punkt 3.3 i upphandlingsdokumentet är uppfyllt. Det föreligger därmed inte skäl för att ingripa mot upphandlingen på grund av vad iWork har anfört. Arbetsförmedlingen har således rätteligen förkastat anbudet, varför iWorks ansökan om överprövning ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Johan Lundmark
Chefsrådman

Föredragande juristen Narin Demirel 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 nyårsafton, 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 rätts-tillämpningen.
- 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.

