

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

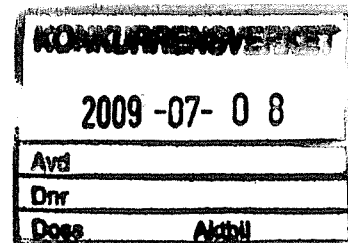
DOM
2009-07-07
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
11567-09
Rotel 225

SÖKANDE

KFG Sverige AB, 556574-7440
Högbovägen 45
811 32 Sandviken

Ombud: Advokaterna Ulf Hökeberg och Marion Greidinger
c/o Advokafirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm



MOTPART

Arbetsförmedlingen
Juridiska avdelningen
113 99 Stockholm

Ombud: Advokat Hans Dahlberg och Jur. kand. Johanna Kolga
Setterwalls Advokatbyrå
Box 1050
101 39 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

DOMSLUT

Länsrätten avslår KFG Sverige AB:s ansökan om överprövning.

Länsrätten upphäver inhibitionsbeslutet den 4 juni 2009.

YRKANDEN M.M.

Arbetsförmedlingen har genomfört en upphandling avseende aktiviteter inom Jobb- och utvecklingsgarantin och Jobbgaranti för ungdomar, Dnr. Af-2008/174283. I ett tilldelningsbeslut den 25 maj 2009 erbjöd Arbetsförmedlingen ett antal leverantörer att teckna upphandlingskontrakt i aktuell upphandling.

Arbetsförmedlingen har i tilldelningsbeslutet anført att KFG Sverige AB (bolaget) inte har tilldelats kontrakt på grund av att företaget enligt Arbetsförmedlingens bedömning och egna erfarenheter inte kommer att ha förmåga att genomföra efterfrågad tjänst med hänvisning till förfrågningsunderlagets avsnitt 3.3.

KFG Sverige AB ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att länsrätten upphäver tilldelningsbeslutet och beslutar om rättelse i upphandlingen på det sättet att anbudsutvärderingen ska göras om varvid bolagets anbud ska upptas till avslutande värdering. I andra hand yrkar bolaget att länsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför huvudsakligen följande. Bolagets anbud har förkastats utan saklig grund och skulle rätteligen ha upptagits till avslutande värdering. Under slutet av 2007 och början av 2008 genomförde Arbetsförmedlingen offentliga upphandlingar gällande ”Aktiviteter inom Jobb- och utvecklingsgarantin” avseende 30 av Arbetsförmedlingens totalt 68 arbetsmarknadsområden. Bolaget lämnade anbud i upphandlingen och tilldelades kontrakt avseende 27 av de 30 områdena. De flesta avtalen började tillämpas under perioden april-juni 2008. Under september-oktober 2008 genomförde Arbetsförmedlingen s.k. leveranskontroller avseende bolagets verksamhet. Under dessa kontroller riktades ingen anmärkning mot hur bolaget bedrev verksamheten. Under perioden därefter december 2008 – februari 2009 har inget annat framkommit än att Arbetsförmedlingen uttryckt att bolaget fullgör sina åtaganden på ett korrekt och bra sätt. Arbetsförmed-

lingen har även under perioden september 2008 – februari 2009 genomfört kvalitetsuppföljningar av bolagets verksamhet. Det kan konstateras att det därvid inte framkom någon kritik mot bolagets arbetssätt och från deltagarna får bolaget i stort sett samma andel positiva svar som övriga kompletterande aktörer. – Under huvudsakligen mars månad 2009 genomförde ett medieföretag en undersökning av bolagets verksamheter och i nyhetsinslag i början av april 2009 riktades negativ kritik mot bolaget och dess verksamhet gällande bolagets personaltäthet, alltså tvärt emot vad som dittills framförts från Arbetsförmedlingen till bolaget. I nyhetsinslaget förekom även kritik mot Arbetsförmedlingen. I direkt anslutning till uppmärksamheten genomförde Arbetsförmedlingen förnyade leveranskontroller och ansåg sig upptäcka vissa brister avseende dokumentation, kvalitets-säkringssystem och personaltäthet. Arbetsförmedlingen har framställt reklamationer den 5 maj 2009, vilka bolaget bestritt. Arbetsförmedlingen har även den 29 maj 2009 framställt hävningsförklaringar avseende avtal hänförliga till elva orter. Parterna har olika uppfattningar om avtalsbrott över huvud taget föreligger. – Arbetsförmedlingens ställningstagande att förkasta bolagets anbud synes grunda sig på en slags bestraffning utifrån uppfattningen att det är bolagets fel att Arbetsförmedlingen på ett negativt sätt uppmärksammas i media. Några objektivt godtagbara skäl för att anse att bolaget inte har förmåga att genomföra efterfrågad tjänst föreligger inte.

Arbetsförmedlingen bestrider bifall till ansökan och anför att Arbetsförmedlingen i första hand har haft rätt att utesluta bolaget på grund av att bolaget gjort sig skyldigt till avtalsbrott, vilket enligt 10 kap. 2 § 4 punkten LOU utgör ett allvarligt fel i yrkesutövningen. I andra hand gör Arbetsförmedlingen gällande att Arbetsförmedlingen haft rätt att diskvalificera bolagets anbud då det referensuppdrag bolaget angett i anbudet inte uppfyllt det i förfrågningsunderlaget ställda skall-kravet på referensuppdrag. För det fall länsrätten bifaller bolagets talan är den enda följd som kan komma ifråga att upphandlingen görs om. – Under april 2009 genomförde Arbetsförmedlingen en leverantörskontroll av tio leverantörer med avtal inom den

tidigare upphandlingen, härvid framkom brister i bolagets uppfyllande av åtagandena enligt avtalen. – Att missköta ett uppdrag på så sätt att det utgör avtalsbrott kan utgöra ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Det bör också noteras att fel i yrkesutövningen inte behöver vara konstaterade genom myndighetsbeslut eller liknande utan att efterforskningar kan ha visat att leverantören gjort undermåliga arbeten eller på annat sätt inte följt sina kontraktuella åtaganden. – Bolagets avtalsbrott utgör grund för uteslutning. Arbetsförmedlingen anser även att det referensuppdrag som bolaget angett i sitt anbud inte uppfyller det skall-krav gällande referensuppdrag som uppställs i förfrågningsunderlaget. Bolaget har som referensuppdrag hänvisat till samtliga 27 arbetsmarknadsområden där bolaget tidigare tilldelats kontrakt. Som kontaktpersoner för referensuppdragen har bolaget angett personer anställda av Arbetsförmedlingen. Genom att ange ett referensuppdrag i anbudet skulle bolaget uppfylla skall-kravet att styrka sin förmåga att genomföra efterfrågad tjänst. Arbetsförmedlingen har dock funnit genom både kontaktpersonerna och den egna erfarenheten att referensuppdraget snarare visar att bolaget *inte* har förmågan att utföra efterfrågad tjänst och därför har Arbetsförmedlingen konstaterat att skall-kravet inte kan anses vara uppfyllt. Den bedömning Arbetsförmedlingen gjort med anledning av de uppgifter som kommit fram är saklig och har inte på något sätt varit diskriminerande mot bolaget. Arbetsförmedlingen vill poängtera att Arbetsförmedlingen inte har utvärderat det angivna referensuppdraget eller bolagets förmåga att utföra detta uppdrag.

KFG Sverige AB har härefter anfört bl.a. följande. De skäl Arbetsförmedlingen angav i tilldelningsbeslutet för att inte anta bolagets anbud hänförde sig till förfrågningsunderlagets punkt 3.3. Nu anges i stället i första hand att Arbetsförmedlingen haft rätt att utesluta bolaget ur upphandlingen på grund av att bolaget gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen. Det kan således konstateras att Arbetsförmedlingens skäl för att inte uppta bolagets anbud till utvärdering skiljer sig från vad som anges i tilldelningsbeslutet. Bolaget bestrider förekomsten av avtalsbrott och fel i yrkesutöv-

ningen. Om fel i yrkesutövningen skulle anses föreligga är det i vart fall inte allvarligt. Under alla förhållanden har Arbetsförmedlingen inte styrkt sitt påstående. – Det är av stor betydelse vilka bedömningar som Arbetsförmedlingen gjorde vid de leveranskontroller och kvalitetskontroller som utfördes. Arbetsförmedlingen riktade i samband med dessa kontakter och kontroller ingen invändning mot bolaget. – Det kan inte anses som någon självklarhet att avtalsbrott måste utgöra allvarligt fel i yrkesutövningen. Med hänsyn till att syftet med upphandlingsreglerna är att garantera att offentlig upphandling ska ske i öppen konkurrens bör reglerna om uteslutande från deltagande tolkas restriktivt. – Det ifrågasätts om granskningen i april 2009 utfördes objektivt. Bakgrunden till granskningen är mediebolagets ifrågasättanden. Ledningsgruppen inom Arbetsförmedlingen, i stället för upphandlingsenheten, kom att hantera frågan. Kontrollerna genomfördes under stor tidspress. Under sådana förhållanden är riskerna för missuppfattningar, missbedömningar och rena felaktigheter särskilt stora. – Bolaget har efter medieuppmärksamheten hanterats på ett särskilt sätt. Det förhållandet att Arbetsförmedlingen vid förhandlingar i maj 2009 ställde som ultimativt krav att bolaget skulle återta sitt anbud i nu aktuell upphandling talar för att det varit fråga om någon slags bestraffningsåtgärder från Arbetsförmedlingens sida.

Länsrätten beslutade den 4 juni 2009 att upphandlingen inte får avslutas innan rätten slutligt tagit ställning till ansökningen eller förordnat på annat sätt.

DOMSKÄL

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

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

Länsrätten gör följande bedömning.

I mål om offentlig upphandling begränsar sig länsrättens prövning till vad som anförts i tilldelningsbeslutet avseende sökanden och till vad sökanden anförts i sin ansökan om överprövning. Bolaget har härvid anförts att man felaktigt har uteslutits ur upphandlingen eftersom man inte ansågs uppfylla skall-krav rörande referenser, punkt 3.3 i förfrågningsunderlaget. Det är således denna invändning som länsrätten har att pröva och inte övriga, av Arbetsförmedlingen senare anförda, grunder för uteslutande av bolaget ur aktuell upphandling. Frågan huruvida Arbetsförmedlingen har haft fog att utesluta bolaget från deltagande i upphandlingen på grund av att bolaget ska ha gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen är således inte föremål för länsrättens prövning i förevarande fall.

Det kan naturligtvis antas att en person som tidigare utfört tjänster för den upphandlande myndigheten, som liknar dem som upphandlingen omfattar,

har stora fördelar ur konkurrenssynpunkt. Detta kan gälla alltifrån den erfarenhet leverantören skaffat sig, till vilka kontakter han eller hon har. Likaså kan det tänkas att en leverantör kan komma att få nackdelar av att tidigare ha arbetat med den upphandlande myndigheten, om myndigheten av någon anledning fått negativa erfarenheter av den leverantören. Det är dock i sammanhanget viktigt att påpeka att det står den upphandlande myndigheten fritt att välja den leverantör som bedöms lämpligast för uppdraget, så länge upphandlingen uppfyller de grundläggande kraven på icke-diskriminering, öppenhet, likabehandling och i övrigt genomförs på ett affärsmissigt sätt. Dessa krav innebär bl.a. att förfrågningsunderlaget inte får utformas på ett sätt som otillbörligt gynnar eller missgynnar leverantören eller som är diskriminerande mot någon leverantör.

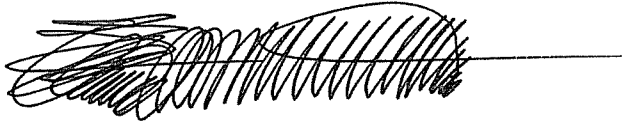
De under punkten 3.3 i förfrågningsunderlaget aktuella referenserna syftar i förevarande fall till att kunna bedöma leverantörernas förmåga att utföra uppdraget. I den s.k. kvalificeringsfasen måste den upphandlande myndigheten, enligt länsrättens mening, ha möjlighet att beakta tidigare erfarenheter från leverantörerna. Det kan rimligtvis inte krävas att den upphandlande myndigheten, i det fall att en leverantör valt att referera därtill, ska avstå från att använda sig av sina egna erfarenheter när leverantörens förmåga att utföra den tjänst som upphandlas ska bedömas.

Arbetsförmedlingen har den 29 maj 2009 hävt pågående avtal med bolaget. Arbetsförmedlingen hade dessförinnan genomfört leveranskontroller samt den 5 och den 14 maj 2009 framställt reklamationer avseende bolagets verksamhet. De hävda avtalen gällde liknande tjänster som den nu aktuella upphandlingen avser. Arbetsförmedlingen har hävt avtalen med hänvisning till att brister uppmärksammats gällande bl.a. dokumenteringen av verksamheten, kvalitetssäkringssystem och personella resurser. Bolaget har som referensuppdrag i sitt anbud enbart hänvisat till sina tidigare uppdrag för Arbetsförmedlingen. Arbetsförmedlingen har bedömt att bolaget inte kommer att ha förmåga att genomföra tjänsterna. Mot den nu angivna bak-

grunden har Arbetsförmedlingen haft fog för att utesluta bolaget ur upphandlingen på den grund som angetts i tilldelningsbeslutet den 25 maj 2009. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

Genom att länsrätten nu har avgjort målet slutligt upphör länsrättens tidigare inhibitionsbeslut att gälla. Detta medför i sin tur att en ny tiodagarsfrist enligt 16 kap. 1 § tredje stycket 2 LOU börjar löpa, vilket bör beaktas vid ett överklagande av denna dom.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a).



Kurt Björk

Rådman

Föredragande har varit Carina Olofsson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

