

KLAGANDE

Arbetsförmedlingen
Juridiska enheten
113 99 Stockholm

MOTPART

Lernia Utbildning AB, 556467-3381

Ombud: Advokat Eva-Maj Mühlenbock och jur. kand. Lina Schött
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 8 mars 2011 i mål nr
3887-11, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och upphäver förvaltningsrättens dom.

YRKANDEN M.M.



Arbetsförmedlingen yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Enligt Arbetsförmedlingens bedömning saknas grund för att tolka det aktuella kravet i punkten 3.8 i förfrågningsunderlaget som ett skall-krav på det sätt som förvaltningsrätten har gjort. Humanus Utbildning Syd AB (Humanus) och Hermods AB (Hermods) måste anses ha uppfyllt de i punkten 3.8 uppställda skall-kraven samt övriga skall-krav och grund saknas således för att utesluta deras anbud från utvärderingen. Enligt Arbetsförmedlingens bedömning framgår det av punkten 3.8 dels att det som anbudsgivaren "skall" bekräfta i anbudet är att de under avtalstiden disponerar lämpliga lokaler, dels att det skall-krav som finns på anbudsgivaren avseende hyreskontrakt är att anbudsgivaren i samband med avtalstecknande "skall" visa upp ett undertecknat sådant. Den skrivning som förvaltningsrätten tolkar som en del av skall-kravet kan enligt Arbetsförmedlingens bedömning inte uppfattas som annat än exempel på handlingar som skulle kunna bifogas till anbudet. Humanus har i anbudet bekräftat att de under avtalstiden disponerar lämpliga lokaler. För att uppfylla skall-kravet i punkten 3.8 avseende hyreskontraktet ska Humanus även i samband med avtalstecknande visa upp ett undertecknat hyreskontrakt. Humanus har till anbudet bifogat en lista med adresser över de lokaler de disponerar på de olika utbildningsorterna. Även Hermods har i anbudet bekräftat att de under avtalstiden disponerar lämpliga lokaler och skulle, för att uppfylla "skall-kravet" avseende hyreskontrakt, i samband med ett eventuellt avtalstecknande behöva visa upp ett undertecknat hyreskontrakt. Hermods har dessutom i bilaga till anbudet uppgett att de förfogar över lämpliga lokaler samt angett på vilka adresser lokalerna finns.

Lernia Utbildning AB (Lernia) bestrider ändring av förvaltningsrättens dom med hänvisning till vad som anförts i förvaltningsrätten samt tillägger bl.a. följande. Det är ostridigt att Arbetsförmedlingen ställer upp som krav att

anbudsgivaren i anbudet ”skall” bekräfta att anbudsgivaren under avtals- tiden disponerar lämpliga lokaler. Bolaget vidhåller bestämt att Arbetsför- medlingens formulering av kravet inte kan tolkas på annat sätt än att det är ett ofrånkomligt obligatoriskt krav att på ett faktiskt och verkligt sätt visa att man disponerar över lämplig lokal vid anbudsinlämning. Det aktuella kravet är välformulerat och synes väl genomtänkt med hänsyn till övriga krav i förfrågningsunderlaget varför det är motsägelsefullt av Arbetsförmedlingen att hävda att det är valfritt för anbudsgivare att styrka lämplig lokal. Ordet ”kan” innebär inte att det är valfritt för anbudsgivaren att själv välja huru- vida anbudsgivaren vill styrka lämplig lokal. Ordet innebär i nu aktuell kontext att anbudsgivaren måste styrka lämplig lokal med ett dokument som är jämförbart med hyresavtal eller optionsavtal med fastighetsägare. Det som är avgörande är den faktiska formuleringen av det aktuella kravet. Nu aktuellt krav är formulerat i två meningar varav ”skall” endast står skrivet i den första meningen. Det är dock uppenbart att den påföljande meningen illustrerar hur kravet uppfylls. Den andra meningen har inget egentligt innehåll utan den första meningen. Hade Arbetsförmedlingen inte haft för avsikt att fästa avseende vid huruvida anbudsgivaren disponerade lämplig lokal vid anbudsinlämning hade Arbetsförmedlingen inte bemödat sig om att specificera formen av bevis härför. Varken Humanus eller Hermods har styrkt lämplig lokal vid anbudsinlämning. När Arbetsförmedlingen trots detta har utvärderat deras anbud samt tilldelat Humanus kontrakt, kan någon annan slutsats inte dras än att Arbetsförmedlingen, i strid med likabehand- lingsprincipen och transparensprincipen, har avvikit från uppställda obligatoriska krav och utvärderat orena anbud. För det fall att kammarrätten skulle anse att Arbetsförmedlingens krav ska tolkas på annat sätt kan förfrågningsunderlaget inte anses vara så klart och entydigt som förutsätts enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Kravet är under alla omständigheter inte tillräckligt entydigt formulerat för att en rimligt informerad anbudsgivare endast ska kunna tolka kravet på det sätt Arbetsförmedlingen gör gällande.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Den aktuella upphandlingen avser ramavtal för moduler i svenska för språksvaga och analfabeter. Det framgår av punkten 3.8 i förfrågningsunderlaget bl.a. att anbudsgivaren **skall** bekräfta att man under avtalstiden disponerar lämpliga lokaler. Detta kan ske genom att till anbudet bifoga en kopia av hyresavtal, optionsavtal med fastighetsägare eller liknande. Det framgår vidare att anbudsgivaren i samband med avtalstecknandet **skall** visa upp ett undertecknat hyreskontrakt.

Av punkten 3.8 i förfrågningsunderlaget följer således att det är ett skallkrav att anbudsgivare vid tiden för lämnandet av anbud bekräftar att man under avtalstiden disponerar lämpliga lokaler. Det är också ett skallkrav att anbudsgivare i samband med avtalstecknandet visar upp ett undertecknat kontrakt. Däremot är det enligt kammarrättens mening inget skallkrav att anbudsgivare redan vid lämnandet av anbud ska kunna styrka att man disponerar lämpliga lokaler. Hyresavtal, optionsavtal med fastighetsägare eller liknande kan bifogas för att bekräfta att anbudsgivare disponerar lämpliga lokaler, men denna uppräknade uppfattar kammarrätten enbart som exempel på handlingar som skulle kunna bifogas till anbudet.

Både vinnande anbudsgivare Humanus och anbudsgivare Hermods har bekräftat att de under avtalstiden disponerar lämpliga lokaler och också bifogat adressuppgifter till de lokaler som de disponerar. Såväl Humanus som Hermods har således vid tiden för anbudslämnandet uppfyllt de skallkrav som uppställts i punkten 3.8. Arbetsförmedlingen har följaktligen vid utvärdering av anbud och tilldelande av upphandlingskontrakt förfarit på ett korrekt sätt och inte avvikit från de i förfrågningsunderlaget uppställda obligatoriska kraven.

Inte heller i övrigt bedömer kammarrätten att förfrågningsunderlaget kan anses ha sådana brister att det strider mot de principer som uppställs i LOU

och gemenskapsrätten. Arbetsförmedlingens överklagande ska således bifallas och förvaltningsrättens dom upphävas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Eva Lénberg Karlsson
kammarrättsråd
ordförande



Charlotte Dahlman
kammarrättsråd



Åsa Nilsson
tf. assessor
referent



Bil. A.

SÖKANDE

Lernia Utbildning AB, 556467-3381
Box 1181
111 91 Stockholm

Ombud: Advokat Eva-Maj Mühlenbock och jur. kand. Lina Schött
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPART

Arbetsförmedlingen
Juridiska enheten
113 99 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har vidtagits på så sätt att Humanus Utbildning Syd AB:s och Hermods AB:s anbud utesluts från utvärderingen.

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Arbetsförmedlingen genomför en upphandling av ramavtal Moduler i svenska för analfabeter och språksvaga (Af-2010/417835). Upphandlingen genomförs som en förenklad upphandling enligt 15 kap. LOU och omfattar 25 separata upphandlingar för 25 utbildningsorter. Arbetsförmedlingen har i tilldelningsbeslut som avsänts den 11 februari 2011 bland annat meddelat att man avseende upphandlingsort Malmö har antagit annat anbud än anbudet från Lernia Utbildning AB (bolaget).

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen vad avser upphandlingsort Malmö får avslutas först sedan rättelse företagits på så sätt att ett nytt tilldelningsbeslut meddelas, varvid Arbetsförmedlingen ska bortse från Humanus Utbildning Syd AB:s (Humanus) anbud samt Hermods AB:s (Hermods) anbud och istället tilldela bolaget upphandlingskontraktet. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Arbetsförmedlingen har antagit ett orent anbud. I förfrågningsunderlaget avsnitt 3.8 anges bland annat att anbudsgivaren i anbudet ska bekräfta att man under avtalstiden disponerar lämpliga lokaler samt att detta kan ske genom att anbudsgivaren till anbudet bifogar en kopia av hyresavtal, optionsavtal med fastighetsägare eller liknande. Arbetsförmedlingens skrivning kan inte tolkas på något annat sätt än att anbudsgivaren genom kopia av hyresavtal, optionsavtal med fastighetsägare eller liknande ska bekräfta att man under avtalstiden disponerar över lämplig lokal. Vinnande anbudsgivare Humanus har i sitt anbud bekräftat att de uppfyller uppställda krav men endast bifogat en adress avseende lokal i Malmö, vilket inte visar att man disponerar eller kommer att disponera lämplig lokal som uppfyller kraven. Adressuppgift kan inte på något sätt jämnställas med ett hyresavtal eller

optionsavtal. Den anbudsgivare vars anbud utvärderats till näst lägst pris, Hermods, har angett att man uppfyller samtliga krav om lokal, men inte bifogat någon information alls som styrker lämplig lokal.

Uttryckliga krav måste vara uppfyllda för att anbud över huvud taget ska kunna antas. Principen om likabehandling tar sikte på att alla anbudsgivare ska behandlas lika, att de ges så lika förutsättningar som möjligt, att inga ovidkommande hänsyn tas samt att ingen anbudsgivare gynnas eller missgynnas av upphandlande myndighet. Arbetsförmedlingen har tillåtit Humanus och Hermods att avvika från ovan nämnda krav och har istället för att rätteligen förkasta anbuden utvärderat dessa. Vidare har Humanus tilldelats upphandlingskontraktet. Det är uppenbart att Arbetsförmedlingen har brutit mot likabehandlingsprincipen då Humanus har gynnats i förhållande till bolaget. För det fall att förvaltningsrätten finner att kravet ska tolkas på annat sätt än bolaget gjort gällande är förfrågningsunderlaget i vart fall inte transparent, vilket innebär att anbudsgivarna inte kunnat lämna in anbud på lika villkor. Arbetsförmedlingens icke transparenta underlag strider således mot både likabehandlingsprincipen och mot transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har vidare lidit skada eftersom Humanus anbud samt Hermods anbud rätteligen skulle ha förkastats. Om Arbetsförmedlingen hade agerat i enlighet med LOU hade bolaget, som offererat det tredje lägsta priset, tilldelats kontraktet avseende upphandlingsort Malmö.

Arbetsförmedlingen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Arbetsförmedlingen har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU. Det framgår av punkt 3.8 att det som anbudsgivaren ska bekräfta i anbudet är att denne under avtalstiden disponerar lämpliga lokaler. Det skall-krav som finns avseende hyreskontrakt är att anbudsgivaren i samband med avtals-

tecknande ska visa upp ett undertecknat hyreskontrakt. Arbetsförmedlingen bedömer mot denna bakgrund att förfrågningsunderlaget inte är otydligt i detta avseende. Humanus har i sitt anbud bekräftat att man under avtalstiden disponerar lämpliga lokaler och bifogat en lista med adresser över de lokaler som disponeras på de olika utbildningsorterna. Även Hermods har i sitt anbud bekräftat att man under avtalstiden disponerar lämpliga lokaler och i bilaga angett på vilka adresser lokalerna finns. För det fall att förvaltningsrätten ändå skulle anse att förfrågningsunderlaget i någon del är otydligt hänvisar Arbetsförmedlingen till regeringsrättens avgörande i RÅ 2002 ref. 50, av vilket följer att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU stadgas följande. 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.

Enligt 16 kap. 1 § samma lag får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

Av 16 kap. 5 § samma lag framgår följande. 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.

Utredningen i målet

Förfrågningsunderlaget

Under punkt 3.8 (Lokaler) anges bland annat följande. Anbudsgivaren ska i anbudet bekräfta att man under avtalstiden disponerar lämpliga lokaler. Detta kan ske genom att till anbudet bifoga en kopia av hyresavtal, optionsavtal med fastighetsägare eller liknande. Anbudsgivaren ska i samband med avtalstecknandet visa upp ett undertecknat hyreskontrakt.

Humanus anbud

I anbudet anges vad avser punkt 3.8 i förfrågningsunderlaget följande. Anbudsgivaren bekräftar att denna uppfyller ovanstående krav.

I bilaga 3 till anbudet återfinns en adressförteckning över lokalernas placering i de upphandlingsorter för vilka Humanus lämnat anbud.

Hermods anbud

I anbudet anges vad avser punkt 3.8 i förfrågningsunderlaget följande. Anbudsgivaren bekräftar att denna uppfyller ovanstående krav.

I bilaga 3 till anbudet återfinns en adressförteckning över lämpliga lokaler. Hermods anger sig förfoga över för det aktuella uppdraget.

Tilldelningsmeddelandet

I tilldelningsmeddelandet anges att bland andra bolaget, Humanus och Hermods har gått vidare till utvärdering.

Vidare anges att avseende upphandlingsort Malmö har Humanus i anbud angett det lägsta, Hermods det näst lägsta och bolaget det tredje lägsta priset samt att Arbetsförmedlingen kommer att anta anbud från Humanus för utbildningsort Malmö.

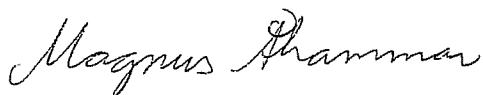
Förvaltningsrättens bedömning

De krav som en upphandlande myndighet ställer i förfrågningsunderlaget kan uttryckas i så kallade skall-krav, vilka är ovillkorliga för att anbud ska komma ifråga för antagande. Ett anbud som inte uppfyller samtliga ställda

skall-krav får inte antas eftersom det skulle strida mot principen om lika-behandling av anbudsgivarna.

Förvaltningsrätten finner att det nu aktuella kravet i förfrågningsunderlaget punkt 3.8 måste tolkas så att det krävs av anbudsgivaren att denne bekräftar att man disponerar lämpliga lokaler genom att till anbudet bifoga en kopia av hyresavtal, optionsavtal med fastighetsägare eller liknande. I målet har framkommit att vinnande anbudsgivare Humanus samt anbudsgivaren Hermods har bekräftat att de disponerar lämpliga lokaler. De har dock inte inkommit med hyresavtal, optionsavtal med fastighetsägare eller liknande. Därmed kan de inte anses ha uppfyllt samtliga krav i förfrågningsunderlaget, varvid deras anbud inte borde ha tagits upp till utvärdering. Arbetsförmedlingen har således antagit ett anbud trots att samtliga skallkrav inte varit uppfyllda och har därmed handlat i strid med 1 kap. 9 § LOU. Bolaget får därigenom anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför. Ansökan om överprövning ska med hänsyn härtill bifallas.

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


Magnus Åhammar
Rådman

Föredragande har varit Sara Thelin.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.