



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 16

DOM
 2014-04-16
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 2268-14

SÖKANDE

Personalstrategerna i Sverige AB, 556720-9993
 Fristadstorget 8A
 632 20 Eskilstuna

Ombud: Advokaterna Pernilla Carlsson Rasiwala,
 Fredrik Elmér och Jennifer Berger
 Nord & Co Advokatbyrå AB
 Box 1435
 111 84 Stockholm

MOTPART

Arbetsförmedlingen
 Juridiska avdelningen
 113 99 Stockholm

Ombud: Advokat Ulf Djurberg och jur.kand. Natali Phalen
 Setterwalls Advokatbyrå AB
 Box 1050
 101 39 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Personalstrategerna i Sverige AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 470491

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

BAKGRUND

Arbetsförmedlingen genomför en upphandling med delvis gemensamt förfrågningsunderlag av en tjänst riktad till arbetssökande kallad ”Introduktion till arbete”, dnr Af-2013/189319. Tjänsten upphandlas för 75 geografiska leveransområden. Upphandlingen genomförs genom ett förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Personalstrategerna i Sverige AB (Personalstrategerna) har ansökt om överprövning av upphandlingen i fråga om 65 av de 75 geografiska leveransområdena. Personalstrategernas anbud har uteslutits eftersom Arbetsförmedlingen bedömt att anbudsgivaren har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

YRKANDEN M.M.

Personalstrategerna yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud inte utesluts från upphandlingen utan kvalificeras för anbudsprövning. Till stöd för sin talan anför Personalstrategerna bl.a. följande. Personalstrategerna saknar kännedom om vilka förhållanden eller handlingar som Arbetsförmedlingen lagt till grund för att utesluta bolaget för ”allvarligt fel i yrkesutövningen”. Avsaknaden av motivering till beslutet om uteslutning gör det omöjligt för Personalstrategerna att förstå varför Arbetsförmedlingen angett att anbudet ska uteslutas. Personalstrategerna riskerar att lida skada.

Arbetsförmedlingen bestrider Personalstrategernas yrkande och yrkar att ansökan om rättelse avslås. Till stöd för sin talan anför Arbetsförmedlingen bl.a. följande. Personalstrategerna har begått allvarligt fel i yrkesutövningen och Arbetsförmedlingens beslut att utesluta bolaget från upphandlingen har därmed varit i enlighet med LOU. Det saknas skäl att förordna om rättelse eller annan åtgärd avseende upphandlingen.

Under år 2010 genomförde Arbetsförmedlingen en upphandling av rehabiliteringstjänster. Genom upphandlingen tilldelades Personalstrategerna 35 avtal, avseende lika många orter. Den 10 april 2013 beslutade Arbetsförmedlingen om avropsstopp för rehabiliteringstjänster levererade av Personalstrategerna. I samband med beslutet fattade Arbetsförmedlingen även beslut om utredning i syfte att kontrollera kvaliteten på tjänsterna som levererades av Personalstrategerna. Under granskningen framkom att Personalstrategerna hade redovisat felaktiga uppgifter om viss personals kompetens. Det framkom vidare att Personalstrategerna på flera orter inte uppfyllde avtalade åtaganden, däribland allvarlig kompetensbrist hos bolagets medarbetare. Mot bakgrund av vad som framkom under granskningen beslutade Arbetsförmedlingen att häva avtalen avseende rehabiliteringstjänster på 26 orter. Grunden för hävningen var att Personalstrategerna gjort sig skyldigt till väsentligt avtalsbrott. Hävningsförklaringen tillställdes Personalstrategerna den 12 augusti 2013. Arbetsförmedlingen fortsatte granskningen av Personalstrategerna under hösten 2013. Under denna fortsatta granskning framkom att Personalstrategerna inte uppfyllde avtalad kompetens på ytterligare en ort. Arbetsförmedlingen beslutade därför att häva även det avtalet, på samma grund som avseende de övriga avtalshänvisningarna. Hävningsförklaringen tillställdes Personalstrategerna den 28 november 2013.

Personalstrategerna har dels gjort sig skyldigt till avtalsbrott gentemot Arbetsförmedlingen, vilket har föranlett hävning av avtal, dels systematiskt brutit i uppfyllande av skall-krav i tidigare upphandlingar genomförda av Arbetsförmedlingen. Personalstrategerna har brutit mot avtalade krav på kompetens hos tillhandahållen personal. Kompetenskraven har i alla upphandlingar varit av väsentlig betydelse för Arbetsförmedlingen. De tidigare avtalsbrotten är av direkt relevans för upphandlingen.

Upphandlingen avser tillhandahållande av arbetsförmedlingstjänster och det är av väsentlig betydelse att antagen leverantör kan klara Arbetsförmedlingens krav på bl.a. kompetens hos personal. Beslutet att utesluta Personalstrategerna har därmed varit proportionerligt.

Personalstrategerna har anfört bl.a. följande. Arbetsförmedlingen bör inte ha rätt att i efterhand åberopa nya sakförhållanden till stöd för att Personalstrategerna har gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen. Eftersom varken Arbetsförmedlingens uteslutningsbeslut eller talan i målet innehåller någon redogörelse av konkreta sakförhållanden, och då såväl åberops- som bevisbördan åvilar Arbetsförmedlingen, kan Personalstrategernas talan bifallas även av detta skäl.

Personalstrategerna bestrider att man brustit i kompetenskraven och systemetiskt brustit i uppfyllande av skall-krav. Även om Arbetsförmedlingen skulle kunna visa att kompetensbrist förelegat vid ett antal tillfällen vid utförande av tjänster under de avtal som Personalstrategerna och Arbetsförmedlingen ingått avseende rehabiliteringstjänster, så utgör inte sådan kompetensbrist ett sådant fel som ger rätt att utesluta Personalstrategerna i en upphandling.

Arbetsförmedlingens påstående, att Personalstrategerna accepterat hävningarna och att bolaget gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen, är felaktigt och bestrids.

Den av Arbetsförmedlingen åberopade utredningen har inte något bevisvärde utan är att jämställa med ett partsyttrande i målet. Arbetsförmedlingen försöker genom sin bristfälliga utredning kringgå förbudet mot en fri prövningsrätt och kravet på förutsebarhet och transparens i LOU.

Att en myndighet har (dessutom obefogat) hävt ett tidigare avtal med en leverantör innebär inte att grund för uteslutning på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen föreligger i en efterföljande upphandling. De obefogade hävningarna har inte åberopats som skäl för uteslutningen av Personalstrategerna i upphandlingen. Hävning i sig kan inte utgöra ett allvarligt fel i yrkesutövningen.

Även om Arbetsförmedlingen kan visa att kompetensbrist förelegat vid ett antal tillfällen hos Personalstrategerna är det inte proportionerligt att utesluta bolaget från upphandlingen. Om Arbetsförmedlingen ansett att det förelegat kompetensbrist hade detta kunnat hanteras på andra sätt som är lika effektivt men betydligt mindre ingripande för Personalstrategerna.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för bedömningen

Allmänna utgångspunkter

De grundläggande principer som ska iakttas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grund av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU.

I 15 kap. 13 § andra stycket LOU anges att en anbudssökande eller anbudsgivare får uteslutas från deltagande i en upphandling enligt bl.a. 10 kap. 2 § LOU.

I 10 kap. 2 § fjärde punkten LOU anges att en leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling om leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta.

I EU-domstolens dom den 13 december 2012 anges bl.a. följande. Begreppet ”allvarligt fel i yrkesutövningen” omfattar alla felaktiga ageranden som inverkar på den ifrågavarande aktörens trovärdighet i professionellt avseende och inte endast överträdelse av i strikt mening etiska regler för den yrkesgrupp som aktören tillhör. Det fordras inte en lagkraftvunnen dom för att slå fast att ett fel har begåtts i yrkesutövningen. Att en ekonomisk aktör inte iakttar sina avtalsskyldigheter kan i princip anses utgöra ett fel i yrkesutövningen. Begreppet ”allvarligt fel” ska emellertid förstås så, att det vanligtvis syftar på ett agerande från den aktuella ekonomiska aktörens sida som tyder på att denna har en felaktig avsikt eller har varit vårdslös i viss omfattning. Att ett kontrakt eller en del av ett kontrakt genomförs felaktigt, ungefärligt eller bristfälligt kan eventuellt visa att den ifrågavarande ekonomiska aktören har en bristande yrkeskompetens, men innebär inte automatiskt att ett allvarligt fel har begåtts. För att kunna slå fast att ett ”allvarligt fel” har begåtts är det i princip nödvändigt att dessutom göra en konkret och individuell bedömning av den aktuella ekonomiska aktörens inställning (mål C-465/11 punkterna 27-31).

Grunder som inte angetts i uteslutningsbeslutet

Arbetsförmedlingen har den 22 januari 2014 beslutat att utesluta Personalstrategerna i upphandlingen av tjänsten Introduktion till arbete i enlighet med 10 kap. 2 § fjärde punkten LOU. Som skäl för beslutet angavs att Arbetsförmedlingen den 12 augusti 2013 har hävt ett flertal avtal med Personalstrategerna avseende tjänsten Rehabiliteringstjänster

2011. Ytterligare avtal avseende samma tjänst hävdes av Arbetsförmedlingen den 28 november 2013. Grunden för samtliga hävningar var att Personalstrategerna gjort sig skyldigt till väsentligt avtalsbrott. Genom avtalsbrotten har Personalstrategerna gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen, varför de ska uteslutas ur nu aktuell upphandling. Först hos förvaltningsrätten har Arbetsförmedlingen lagt till ytterligare grunder för uteslutningen. Personalstrategerna har i målet anfört att Arbetsförmedlingen inte bör ha rätt att i efterhand åberopa nya sakförhållanden till stöd för att Personalstrategerna har gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Enligt praxis från Högsta förvaltningsdomstolen kan grunder som åberopas först i överinstans prövas om de inte innebär att saken i målet ändras (se dom den 15 februari 2013 i mål nr 351-12).

Med beaktande av angiven praxis finner förvaltningsrätten att de av Arbetsförmedlingen först i förvaltningsrätten åberopade grunderna för uteslutning kan prövas i detta mål. Bedömningen ska dock, enligt Högsta förvaltningsdomstolen, ta sikte på förhållandena vid tidpunkten för uteslutningsbeslutet (se beslut den 26 september 2013 i mål nr 4266-12).

Beviskrav

Personalstrategerna har anfört att den upphandlande myndigheten ska *visa* att leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Arbetsförmedlingen har anfört att det är tillräckligt att det av den utredning som finns tillgänglig för den upphandlande myndigheten vid beslutstillfället *framgår* att en uteslutningsgrund föreligger.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Högsta förvaltningsdomstolen har i ett avgörande slagit fast att det för uteslutning bör vara tillräckligt att den upphandlande myndigheten *gör sannolikt* att leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen (se ovan nämnda beslut). För att Arbetsförmedlingen ska få utesluta Personalstrategerna från upphandlingen på grund av att bolaget har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen krävs således att Arbetsförmedlingen gör sannolikt att bolaget har gjort sig skyldig till sådant fel.

Huvudfrågan i målet är således om Arbetsförmedlingen gjort sannolikt att Personalstrategerna, enligt den utredning som förelåg vid tidpunkten för uteslutningen, gjort sig skyldiga till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Allvarligt fel i yrkesutövningen

Har Personalstrategerna gjort sig skyldigt till väsentligt avtalsbrott?

Den första frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till är om Arbetsförmedlingen anfört omständigheter som gör att det framstår som sannolikt att Personalstrategerna gjort sig skyldigt till väsentligt avtalsbrott.

Arbetsförmedlingen har inkommit med material i syfte att påvisa att Personalstrategerna inte har fullgjort åliggandena enligt den tidigare upphandlingen av Rehabiliteringstjänster 2011 samt att bolagets agerande i kontraktsförhållandet utgör allvarligt fel i yrkesutövningen och därmed grund för uteslutning. Av Arbetsförmedlingens PM, Utredningsrapport kompetenskontroll 1, som ligger till grund för Arbetsförmedlingens beslut om hävning, anges bl.a. följande. Personalstrategerna hade 117 personer

arbetandes som handledare i Rehabiliteringstjänster 2011. Handledarnas uppgivna kompetens har kontrollerats genom att tidigare angivna arbetsgivare kontaktats. För 42 % av handledarna har det inte gått, alternativt inte bedömts som meningsfullt, att kontakta tidigare arbetsgivare. Utifrån lämnade svar bör 34 av handledarna anses sakna, eller högst sannolikt sakna, efterfrågad kompetens. Större eller mindre avsaknad av kompetens bland handledare har, utifrån lämnade svar, konstaterats i 26 av 35 avtalsområden.

Den granskning Arbetsförmedlingen gjort av Personalstrategerna visar enligt förvaltningsrättens mening att Personalstrategerna har brustit i åtagandena gentemot Arbetsförmedlingen. Bristen består av avsaknad av kompetens hos handledare, vilket var ett s.k. ska-krav i upphandlingen av Rehabiliteringstjänster 2011. I målet har det inte framkommit annat än att Arbetsförmedlingens utredning är tillförlitlig och uppgifterna i denna kan därför läggas till grund för bedömningen i målet. Att Arbetsförmedlingen reserverar sig i Utredningsrapporten, genom att ange att det inte kan uteslutas att en del av de handledare som i nuläget bedöms sakna efterfrågad kompetens faktiskt har efterfrågad erfarenhet genom (ännu inte) kontrollerade anställningar, ändrar inte förvaltningsrättens uppfattning. Det förhållandet att hävningen har reklamerats av Personalstrategerna, eller att bolaget enligt egen utsago har vidtagit åtgärder för att rätta till de brister som Arbetsförmedlingen ansett föreligga, utgör inte anledning till att komma till en annan slutsats. Förvaltningsrätten finner därför att Arbetsförmedlingen har gjort sannolikt att Personalstrategerna gjort sig skyldigt till väsentligt avtalsbrott.

Utgör avtalsbrotten ett allvarligt fel i yrkesutövningen?

Fråga är då om de väsentliga avtalsbrotten är ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som medför att Personalstrategerna får uteslutas från upphandlingen.

Att en ekonomisk aktör inte iakttar sina avtalsskyldigheter kan i princip anses utgöra ett fel i yrkesutövningen (jfr ovan nämnda dom från EU-domstolen punkt 29). I domstolspraxis har avtalsbrott i en tidigare entreprenad utgjort ett allvarligt fel i yrkesutövningen och grund för uteslutning av bolaget i den aktuella upphandlingen har bedömts föreligga (se Kammarrätten i Göteborgs dom den 15 april 2011 i mål nr 2090-11).

Enligt förvaltningsrättens mening är avtalsbrott ett i grunden felaktigt agerande som inverkar på den professionella trovärdigheten. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att Personalstrategernas avtalsbrott måste anses vara ett allvarligt fel i yrkesutövningen i den mening som avses i 10 kap. 2 § LOU. Förvaltningsrätten finner även att de åberopade avtalsbrotten får anses vara sådana att de är relevanta för nu aktuell upphandling. Detta eftersom båda upphandlingarna gäller tillhandahållande av arbetsförmedlingstjänster. Förvaltningsrätten anser således att Arbetsförmedlingen gjort sannolikt att Personalstrategerna, genom att inte leva upp till åtagandena i upphandlingen Rehabiliteringstjänster 2011, har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Är Arbetsförmedlingens uteslutning proportionerlig?

Personalstrategerna har i målet anfört att även om Arbetsförmedlingen kan visa att kompetensbrist förelegat vid ett antal tillfällen hos Personalstrategernas personal så är det inte proportionerligt att utesluta bolaget ur upphandlingen. Det hade kunnat hanteras på annat sätt som är lika effektivt men betydligt mindre ingripande för Personalstrategerna, Arbetsförmedlingen hade t.ex. kunnat välja att förkasta bolagets anbud p.g.a. bristande skall-kravsuppfyllelse.

Enligt förvaltningsrättens mening kan det, med hänsyn till felets karaktär och att den tid som har förflutit sedan hävningarna gjordes inte är så lång, inte anses strida mot proportionalitetsprincipen att utesluta Personalstrategerna från upphandlingen. Som ovan nämnts så är förvaltningsrätten av den uppfattningen att de återopade avtalsbrotten är relevanta för nu aktuell upphandling eftersom båda upphandlingarna gäller tillhandahållande av arbetsförmedlingstjänster. Förvaltningsrätten bedömer alltså att Arbetsförmedlingens uteslutning av Personalstrategerna är proportionerlig.

Har Arbetsförmedlingen haft fog för att utesluta bolaget?

Mot bakgrund av vad som ovan angivits anser förvaltningsrätten att Arbetsförmedlingen har, redan på den grunden att Personalstrategerna gjort sig skyldigt till väsentligt avtalsbrott i upphandlingen av Rehabiliteringstjänster 2011, haft fog för att utesluta bolagets anbud från prövning. Förvaltningsrätten finner därför inte skäl att pröva övriga grunder för uteslutning. Överklagandet ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Kaija Hultquist

Rådman

Sofie Larson har föredragit målet.



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 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. 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.