



SÖKANDE

Work for you i Sverige AB, 556650-0244

Ombud: Advokat Hugo Norlén och biträdande jurist Peter Wahlbäck
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1203
751 42 Uppsala

MOTPART

Arbetsförmedlingen

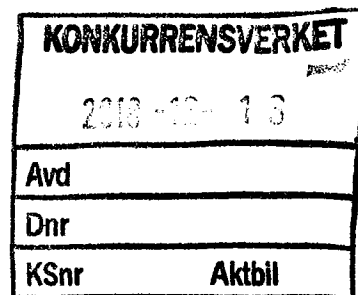
Ombud: Advokat Henrik Nilsson och biträdande jurist Matilda Ericson
Wesslau Söderqvist Advokatbyrå
Box 7836
103 98 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Arbetsförmedlingen genomför en ramavtalsupphandling benämnd Introduktion till arbete 2018, dnr AF-2018/0021 6637. Upphandlingen, som är uppdelad i 54 leveransområden, genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Av meddelande om tilldelningsbeslut samt upphandlingsprotokoll framgår att Arbetsförmedlingen för ett flertal leveransområden har förkastat anbud till följd av att anbudspriserna har ansetts vara onormalt låga.

Work for you i Sverige AB (WFY) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten beslutar om rättelse av upphandlingen, som går ut på att Arbetsförmedlingen ska utvärdera WFY:s anbud. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Upphandlingen avser sammanlagt 54 leveransområden. De områden som är föremål för WFY:s ansökan är följande: Stockholm 2, Uppsala, Norrköping, Eskilstuna, Nyköping, Helsingborg, Lund, Malmö, Ystad, Jönköping, Hudiksvall och Gävle. Arbetsförmedlingen har förkastat WFY:s anbud för dessa områden på grund av att anbuden har bedömts vara onormalt låga och bolaget, enligt myndigheten, inte lämnat en tillfredsställande förklaring till det låga priset eller kostnaden. WFY bestrider att det finns förutsättningar för att utesluta bolagets anbud.

Vad är egentligen ett onormalt lågt anbud?

Numera är det obligatoriskt för upphandlande myndigheter att förkasta anbud som är onormalt låga. Ett anbud ska dock, enligt 16 kap. 7 § LOU, förkastas först om anbudsgivaren inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset. LOU innehåller ingen definition av vad som är ett onormalt lågt anbud, utan denna fråga har kommit att utvecklas i praxis.

Den första frågan som måste besvaras är om de anbud som WFY har lämnat är att anse som onormalt låga, vilket Arbetsförmedlingen har att bevisa (se HFD 2016 ref. 3 och Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 207-208-18). Det är

fråga om ett onormalt lågt anbud när anbudspriset är så pass lågt i förhållande till de tjänster som upphandlingen avser och det, med beaktande av anbudsgivarens förklaringar finns starka skäl att anta att leverantören inte kommer att kunna eller vilja leverera enligt de erbjudna villkoren (se t.ex. Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6002-17). En omständighet som gör att ett anbudspris kan uppfattas som onormalt lågt är att det ligger väsentligt under marknadspriset eller övriga anbud (se Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 207-208-18). Att WFY:s anbud skulle ligga väsentligt under marknadspriset eller övriga anbud förnekas.

Arbetsförmedlingen har tidigare, med anledning av ändrade förutsättningar, valt att avbryta en upphandling avseende den tjänst som är föremål för nu aktuell upphandling. Eftersom anbudspriserna från den upphandlingen har publicerats var det tydligt att en anbudsgivare, för att kunna vinna upphandlingen, var tvungen att pressa priserna till nivåer som möjligen kan upplevas som mycket låga. Av upphandlingsprotokollet framgår att WFY inte varit ensamt om denna strategi. Det måste därför ha stått klart för Arbetsförmedlingen att de offererade anbudspriserna i upphandlingen skulle vara på den nivå som WFY tillsammans med många andra anbudsgivare lämnat.

I jämförelse med de anbudsgivare som vunnit sticker WFY:s anbudspriser inte ut som särskilt låga. De prisskillnaderna som finns ligger oavsett inom en nivå för vad som är en normal rabatt. WFY:s uppfattning är att samtliga anbudspriser är i nivå med de vinnande anbuden och att de är marknads-mässiga. Även om rätten skulle finna att så inte är fallet ligger anbuden ändå inte väsentligt under de vinnande anbuden eller det pris som är marknads-mässigt. Det var därför felaktigt av Arbetsförmedlingen att överhuvudtaget begära en förklaring från WFY av anbudspriserna. Vad gäller leveransområde Malmö och Helsingborg är skillnaden dessutom så pass obetydlig (1 kr respektive 3 kr) att det enbart av den anledningen varit fel att begära förklaring.

Arbetsförmedlingens bedömning av WFY:s förklaring har varit inkonsekvent och godtycklig

Även om rätten skulle finna att Arbetsförmedlingen haft rätt att begära förklaring i enlighet med 16 kap. 7 § LOU, har Arbetsförmedlingens bedömning varit godtycklig och inkonsekvent och ska därför ska underkännas.

Arbetsförmedlingen bedömde initialt att WFY:s anbudspris avseende 29 av 54 leveransområden var onormalt låga och begärde förklaring. Arbetsförmedlingen valde dock att, innan någon förklaring hunnit lämnas, göra en ny bedömning av de anbudspriser som ifrågasatts, varav sju leveransområden inte längre ansågs onormalt låga. Efter att WFY inkommit med en förklaring avseende dessa tjugotvå leveransområden, bedömdes anbudspriset för två leveransområden ha fått ett tillfredställande svar medan nitton leveransområden fortfarande bedömdes som onormalt låga. Trots att Arbetsförmedlingen har begärt förklaring även avseende leveransområde Gotland har utfallet av den bedömningen inte noterats i upphandlingsprotokollet. Hur ett helt leveransområde har kunnat "glömmas bort" är besynnerligt. Leveransområde Gotland är dock inte föremål för denna ansökan, men visar på att det funnits allvarliga brister i kvalificeringsfasen.

WFY:s prispförklaring avseende samtliga anbud som ifrågasatts utgår från samma ekonomiska modell/kalkyl och antaganden. Det är därför anmärkningsvärt att Arbetsförmedlingen har godtagit prispförklaringen avseende två leveransområden, men inte avseende resterande nitton leveransområden. Antingen så accepterar Arbetsförmedlingen prispförklaringen eller så underkänner man den. Att både acceptera och underkänna samma prispförklaring till olika leveransområden visar på inkonsekvens och godtycklighet inför uppgiften att göra en rättvis och saklig prövning av WFY:s anbudspriser.

Bilden av att Arbetsförmedlingens prövning har varit inkonsekvent och godtycklig förstärks dessutom av att den varken i samband med att förklaringen begärdes eller i samband med tilldelningsbeslutet konkretiserat varför eller

på vilket sätt WFY:s priser skulle vara onormalt låga. I stället har Arbetsförmedlingen i sin begäran om förklaring enbart gjort en tvetydig hänvisning till ”angivna förutsättningar i upphandlingsdokumenten”. Vilka omständigheter som legat till grund för Arbetsförmedlingens begäran, likväl som den efterföljande bedömningen är oklara och har inte skett på ett transparent sätt. Arbetsförmedlingens prövning är av det skälet även oförenlig med likabehandlingsprincipen. Arbetsförmedlingen har i upphandlingsprotokollet endast lämnat följande generiska förklaring:

I bedömningen har Arbetsförmedlingen tagit hänsyn till kostnader för lokaler och IT samt personalkostnader för de olika kompetenserna som krävs i tjänsten utifrån marknadsmässiga löner, med hänsyn tagen till förfrågningsunderlagets krav och tjänstens mål. Arbetsförmedlingen har även tagit hänsyn till historiska volymer gällande eventuellt nya deltagare per månad i respektive leveransområde, eventuella avbrott i tjänsten och eventuell resultatersättning.

Någon individuell prövning av anbuderna eller förklaringarna verkar inte ha gjorts. Att samtliga anbud som förkastades med anledning av att anbudspriset påstås vara för lågt skulle falla på exakt samma grunder är osannolikt. Detta särskilt som WFY har inkommit med en detaljerad pridförklaring för samtliga anbudspriser som dessutom visar att WFY gör en vinst på sina anbudspriser i upphandlingen för samtliga leveransområden.

WFY har genom pridförklaringen visat att bolagets priser är företagsekonomiskt försvarbara och att bolaget kommer att kunna leverera enligt dem

De tjänster som Arbetsförmedlingen upphandlar är mycket hårt konkurrensutsatta, vilket bl.a. påvisas av det stora intresset av att delta i upphandlingen. En naturlig följd är att anbudsgivarna behöver pressa sina priser för att överhuvudtaget ha en chans att erhålla kontrakt. Av denna anledning valde WFY att maximera sin effektivitet och se över sina kostnader för att kunna erbjuda så konkurrenskraftiga priser som möjligt, samtidigt som bolaget säkerställer kollektivavtalsmässiga löner och skälig vinst, vilket framgick av pridförklaringen. WFY har därtill gjort omsorgsfulla affärsmässiga bedöm-

ningar för varje leveransområde för att säkerställa att bolaget kan utföra uppdrag i tid och med högsta kvalitet och samtidigt gå med vinst på samtliga områden om bolaget tilldelas kontrakt. WFY har i prisförklaringen lämnat en detaljerad förklaring och varit tydligt med att anbudet är seriöst menat och att bolaget kommer att leverera den offererade tjänsten i enlighet med anbudet och de avtalsvillkor som gäller.

I rättspraxis och doktrin har förutsättningarna för uteslutning på grunden onormalt lågt pris sammanfattats så att anbud inte får förkastas med mindre än att anbudsgivaren inte lämnat en godtagbar förklaring och det dessutom finns en stor risk för att anbudsgivaren inte kommer att kunna utföra kontraktet (se t.ex. Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3356-09, Kammarrätten i Stockholm, mål nr 5913-5915-10 och mål nr 5603-10). Om de omständigheter som gör att priset är lågt inte har med föremålet för upphandlingen att göra saknas det i regel skäl att ifrågasätta om anbudet är allvarligt menat (se bl.a. Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2014, s. 811, HFD 2016 ref. 3 II och Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3356-09).

I förvarande fall har Arbetsförmedlingen inte presenterat någon bevisning eller ens påstått att det finns risk att WFY inte kommer att leverera till de priser som offererats. Därtill har WFY tidigare varit leverantör åt Arbetsförmedlingen avseende Introduktion till arbete/Af-2013/189319, vilket angavs som referensuppdrag i upphandlingen. WFY har för övrigt levererat denna typ av tjänst i 14 år, sedan 2004, med dokumenterat hög kvalitet, först till Försäkringskassan, sedan till Arbetsförmedlingen. Arbetsförmedlingen har varken riktat anmärkningar mot WFY:s leveransvilja enligt genomförda eller pågående kontrakt med Arbetsförmedlingen eller andra beställare. Detta är i sig ett starkt bevis på att WFY:s anbud är seriöst menat (jfr Kammarrätten i Jönköpings avgörande i mål nr 704-15).

Arbetsförmedlingens kalkylmodell har utgått från en tidsperiod om endast åtta månader. Av förfrågningsunderlaget framgår dock att avtalet gäller i sin

helhet under två år från och med tidpunkten för avtalets undertecknande. Vidare framgår att avtalet kan förlängas med oförändrade villkor med maximalt tolv plus tolv månader. WFY är av uppfattningen att en mer korrekt beräkning av resultatet bör utgå från minst en avtalstid om 24 månader. WFY har därför tillämpat en kalkylmodell som tar hänsyn till hela den potentiella avtalstiden (dvs. 24+12+12 månader). Enligt WFY:s beräkningar förväntas de tolv leveransområden som är föremål för denna överprövning tillsammans ge ett överskott de första 24 månaderna. Om avtalstiden förlängs med 12+12 månader beräknas överskottet bli större.

Sammantaget har WFY lämnat en godtagbar förklaring där bolaget visat att det har förmåga att leverera tjänsten, samtidigt som bolaget kommer att gå med vinst på samtliga leveransområden. Någon befogad anledning att anta att WFY inte kommer att kunna leverera tjänsten på de villkor som angetts i upphandlingen föreligger således inte.

Det bör slutligen tilläggas att även om rätten skulle finna att WFY:s uppgifter i prisförklaringen om att bolaget går med vinst för samtliga områden mot förmodan skulle vara felaktiga, så finns det ingen skyldighet för WFY att visa att det faktiskt gör en vinst genom kontraktet. LOU innehåller inga förbud mot att lämna anbud som inte genererar vinst eller t.o.m. ger en förlust. I prisförklaringen har WFY uppgett att bolaget har ett befogat intresse av att vilja behålla personal och marknadsandelar (jfr EU-domstolens domar i de förenade målen C-147/06 och C-148/06 SECAP och Santorso p. 26).

Bolaget har vidare en kreditrating på 95 av 100 enligt kreditupplysning från Creditsafe. Bolaget har alltså mer än tillräckliga finansiella muskler för att fullfölja det upphandlande kontraktet, även om det mot förmodan skulle leda till ett underskott. Arbetsförmedlingens påstående om att ett eventuellt underskott skulle leda till leveransvägran är såldes grundlöst. Kreditupplysning från Creditsafe utgjorde därtill en del av det inlämnade anbudet, varför denna information funnits att tillgå under hela utvärderingen.

Upphandlingskontraktet hindrar WFY från att vägra utföra tjänsten

Villkoren i upphandlingen hindrar WFY från att tacka nej till uppdrag eller att överdebitera tjänster där man satt låga priser. WFY skulle drabbas av mycket hårda kontraktsbrottspåföljder om bolaget skulle försöka ta betalt för sina tjänster på andra villkor än upphandlingens. Även detta utgör ett starkt bevis för att ett påstått onormalt lågt anbud är seriöst menat (se Kamrarrätten i Jönköpings avgörande i mål nr 704-15).

Arbetsförmedlingen har enligt villkoren i upphandlingen vidare rätt att utkräva vite om leverans förenas eller uteblir. Om WFY inte skulle utföra de tjänster till de priser som offererats skulle bolaget således begå kontraktsbrott. Om WFY vid upprepade tillfällen vägrar att leverera till överenskomna priser skulle Arbetsförmedlingen ha rätt att säga upp avtalet i förtid och kräva skadestånd av WFY enligt allmänna kontraktsrättsliga principer. Mot bakgrund av reglerna om kontraktsbrott samt omständigheten att Arbetsförmedlingen varken ens påstått att WFY förut har vägrat leverera till avtalade priser eller visat att WFY kommer att vägra leverera till lämnade anbudspriser, saknas grund för påståendet att WFY:s anbud inte är seriöst menat (dvs. att WFY saknar förmåga att leverera till ett angivet pris.)

Arbetsförmedlingen bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande.

Arbetsförmedlingens kalkylmodell

Arbetsförmedlingen har som stöd för sin bedömning av anbudsgivarnas prissättning utarbetat en kalkylmodell för en vederhäftig uppskattning av huruvida en leverantörs anbudspris kan väntas generera ett ekonomiskt överskott för leverantören. Modellen är utarbetad på så sätt att den beaktar såväl de fasta som de rörliga ersättningar som utgår vid leverans av tjänsten samt de produktionskostnader som kan förutses. Kostnaderna i modellen hänförs till arbetskraftskostnader för de personalkategorier som erfordras

för tjänstens utförande, lokalkostnader samt en schabloniserad kostnad för IT och administration. Även intäktsbortfall härrörande från förväntat avhopp av deltagarna beaktas.

Som ett led i utvärderingen av inkomna anbud läggs värden in i modellen för de anbud som vid en initial översikt framstår som låga. Varje leveransområde har ett eget blad i modellen. Anbudspriset uttrycks i modellen som begärd ersättning per kursdeltagardag. Ersättningar enligt villkoren i förfrågningsunderlaget, uppskattad kostnad för undervisnings- och träningslokal per deltagare samt uppskattade personalkostnader läggs in för varje leveransområde för vilken leverantören lämnat anbud. Där uppgifter i leverantörens anbud inte föranleder annat används värden som baseras på Arbetsförmedlingens historiska erfarenheter av tidigare leveranser av tjänsten.

I ett av fälten på varje arbetsblad visas det av kalkylmodellen beräknade sammanlagda utfallet för leverantören efter en åttamånadersperiod. Längden på perioden har valts för att leverantören då kan beräknas ha hunnit meritera sig för två utbetalningar av resultatersättning. I de fall där anbudsgivaren beräknas gå med signifikant större förlust för perioden, har Arbetsförmedlingen bedömt att anbudet kan förkastas som onormalt lågt. Den signifikanta förlusten medför enligt Arbetsförmedlingens uppfattning en oacceptabel risk för att leverantören inte kommer förmå eller vilja fullfölja avtalet. En förutsättning för att ett anbud ska förkastas är dock att någon tillfredställande förklaring inte har givits av leverantören.

Arbetsförmedlingen har grundat sin kalkylmodell på förutsättningarna i förfrågningsunderlaget samt historiska volymer så som de framgår på Arbetsförmedlingens externa hemsida för leverantörer. Arbetsförmedlingen har i sin kalkylmodell utgått från antaganden om de mest förmånliga förhållandena för anbudsgivarna avseende tjänsten. Arbetsförmedlingen vill understryka att förutsättningarna skiljer sig åt mellan de olika leveransområdena och att detta även återspeglas i grundkalkylmodellen för varje område.

Grundkalkylmodellen har i den mån det varit möjligt korrigerats i enlighet med anbudsgivarnas inkomna förklaringar.

Påståendet om att WFY:s anbudspris inte är onormalt lågt

En upphandlande myndighet har ett relativt stort utrymme att bedöma när ett pris kan anses vara onormalt lågt (Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2895-2896-17). Det huvudsakliga syftet bestämmelsen i 16 kap. 7 § LOU är vidare att skydda upphandlande myndigheter från att anta ett anbud från en leverantör som senare inte kan utföra kontraktet (jfr HFD 2016 ref. 3).

När Arbetsförmedlingen fört in WFY:s anbudspris i den kalkylmodell som redogjorts för ovan, har bolaget erhållit ett betydande minusresultat. Arbetsförmedlingen har med anledning av detta haft en skyldighet att skicka ut en begäran om förklaring till bolaget för att ge bolaget en möjlighet att bemöta Arbetsförmedlingens bedömning av anbudspriset. Även om anbudsgivarna har påverkats av den tidigare avbrutna upphandlingen avseende samma tjänst innebär inte detta att priserna ska pressas till en sådan nivå att leveransen av den upphandlande tjänsten riskeras. Utgångspunkten för anbudsgivarnas prissättning är fortfarande uppfyllandet av de krav som ställs på tjänsten i förfrågningsunderlaget. Arbetsförmedlingen har härvid även en skyldighet att, som nu skett, förkasta anbud som förefaller onormalt lågt om någon tillfredställande förklaring inte getts.

Arbetsförmedlingen har bedömt att ett flertal anbudsgivare har lämnat anbud som bedömts vara onormalt låga. Skillnaden i bedömning kring huruvida anbudet förkastats eller inte har berott på hur var och en av leverantörerna har valt att besvara Arbetsförmedlingens förfrågan om onormalt låga anbud. Arbetsförmedlingen har i sin förfrågan lämnat stort utrymme för anbudsgivarna att förklara de låga priserna på det sätt som de funnit lämpligt. I de fall tilldelning har skett är det för att anbudsgivaren på ett tillfredställande sätt har kunnat styrka att anbudspriset håller, t.ex. på grund av synergieffekter, alternativt att anbudsgivaren visat sin ekonomiska förmåga att

bära eventuella förluster. Den omständigheten att WFY:s priser ligger mycket nära de vinnande anbuderna innebär därmed inte per automatik att priset inte är att betrakta som onormalt lågt. Detta särskilt eftersom bolagets svar på Arbetsförmedlingens förfrågan inte varit tillfredställande.

Invändningen om att Arbetsförmedlingens bedömning av WFY:s förklaring har varit inkonsekvent och godtycklig

Att Arbetsförmedlingen gjorde en ny bedömning av anbudspriserna efter det att en första begäran om förklaring skickats ut till anbudsgivarna hade sin grund i ett räknefel i den kalkylmodell som Arbetsförmedlingen använts sig av. Felet upptäcktes först efter att utskicket gjorts, men rättades omgående vid upptäckt, och innan dess att svar inkommit från de tillfrågade leverantörerna. Att Gotland kommit med som ett leveransområde i den begäran om förklaring som skickades ut den 29 juni 2018 var följden av ett skrivfel. Att dessa avvikelser som uppkommit inom ramen för Arbetsförmedlingens förfarande skulle vara av allvarligt slag bestrids dock av Arbetsförmedlingen. Detta särskilt som den rättelse som gjorts varit till anbudsgivarnas fördel.

Att samma förklaring av WFY har föranlett tillfredställande svar i två områden men inte i resterande har sin grund i att förutsättningar och kostnader skiljer sig åt beroende på område. Arbetsförmedlingen har vid denna bedömning utgått från grundförutsättningar i förfrågningsunderlaget samt faktiska historiska volymer i tjänsten under tolv månadersperioden maj 2017 till maj 2018. De historiska uppgifterna finns tillgängliga för leverantörer och allmänheten på Arbetsförmedlingens externa hemsida.

Detta är även något som framgår av grundkalkylmodellen som använts vid bedömningen av anbudspriserna; bl.a. framgår att kostnaden för lokal och antalet deltagare skiljer sig mellan de olika leveransområdena vilket påverkar bedömningen. Detsamma gäller för studie- och yrkesvägledarens tjänstgöringsgrad. Anbudsgivarna har även angett olika priser för olika områden. Sammantaget innebär detta att en förklaring som bedömts som tillfredstäl-

lande i ett område inte nödvändigtvis bedömts som tillfredställande i ett annat. Påståendet om att Arbetsförmedlingens agerande visar på inkonsekvens och godtycklighet saknar därför grund.

Arbetsförmedlingen har med hänsyn till anbudsgivarnas begäran om sekretess valt att inte närmare motivera grunden för varför en förklaring inte bedömts som tillfredställande i upphandlingsprotokollet och har därför valt en mer allmän motivering. En mer detaljerad motivering riskerade nämligen att röja sekretessen. Det har dock varit möjligt för bolaget att kontakta Arbetsförmedlingen under avtalsspärren för att begära och erhålla ytterligare information. Någon sådan begäran har inte inkommit från bolaget.

Mot bakgrund av att Arbetsförmedlingen har gjort en enskild bedömning av varje leveransområde utifrån den grundkalkylmodell som upprättats för detta ändamål har Arbetsförmedlingen handlat i linje med likabehandlingsprincipen. Någon inkonsekvens eller godtycklighet har inte förekommit.

Påståendet om att WFY har visat att bolagets priser är företagsekonomiskt försvarbara och att man kommer kunna leverera enligt dessa

Arbetsförmedlingen har noggrant gått igenom WFY:s förklaring och har utifrån denna korrigerat kalkylmodellen i enlighet med bolagets prisklaring, bl.a. har kvadratmeter lokal per deltagare korrigerats. Värdena har justerats till bolagets fördel i samtliga fall där bolaget i sin förklaring på ett konkret sätt kunnat visa skäl därtill. I de fall där WFY:s förklaring har indikerat att dess kostnader är högre än de värden Arbetsförmedlingens kalkyl utgått från, har det lägre värdet inte justerats. Trots de korrigeringar som har gjorts har bolaget, för de områden som förkastats av Arbetsförmedlingen, fortsatt visat på ett betydande minusresultat.

Den skillnad som föreligger mellan Arbetsförmedlingens och WFY:s beräkningskalkyler synes huvudsakligen grunda sig i att bolaget inte differentierat mellan de olika kompetenserna och ansvarsområdena som den upphand-

lande tjänsten kräver enligt förfrågningsunderlaget. Detta återspeglas vidare i WFY:s beräkning där man bortsett från vissa resurser som krävs enligt förfrågningsunderlaget och istället har räknat utefter en heltidsanställd personal, oavsett kompetens. Bolagets kalkyler är med anledning härav missvisande då de missat att räkna med vissa kostnadsposter för kravställda kompetenser eller gjort detta på ett felaktigt sätt.

Arbetsförmedlingen motsätter sig inte WFY:s försök att maximera sin effektivitet, men bedömer att bolaget inte har kunnat styrka att leverans av tjänsten kan ske utan risk för Arbetsförmedlingen. Någon närmare förklaring till hur bolaget anser sig klara av den signifikanta förlust som en leverans av den upphandlande tjänsten skulle innebära har inte angetts. Tvärtom menar bolaget att det beräknar gå med skälig vinst.

Eftersom WFY vidhållit att verksamheten skulle gå med vinst har det inte presenterat någon argumentation om varför en drift med underskott inte skulle medföra någon risk för leveranserna, som Arbetsförmedlingen skulle kunna ha tagit ställning till. Arbetsförmedlingen har i övrigt inte funnit något skäl som på ett tillfredställande sätt motiverar det låga priset. Den förklaring som bolaget har gett är därmed inte tillfredställande och innebär utifrån den förlust som bolaget riskerar att Arbetsförmedlingen kommit till den bedömningen att tjänstens genomförande inte kan garanteras.

Påståendet om att upphandlingskontraktet hindrar WFY från att vägra utföra tjänsten

Leveransen av den upphandlade tjänsten riktar sig till en målgrupp med särskilda svårigheter, behov och förutsättningar kopplade till arbetslivet. Detta gör att garanterad och avtalsenlig leverans är av yttersta vikt. I upphandlingen tilldelas 50 av 54 leveransområden endast en leverantör. Det uppstår en för Arbetsförmedlingen oacceptabel sårbarhet om en leverantör inte skulle klara av att leverera på grund av ett onormalt lågt anbud.

Syftet med att ifrågasätta och förkasta onormalt låga anbud handlar i grunden om att säkra tjänstens leverans. Hur avtalet konstrueras saknar betydelse i bedömningen av onormalt låga anbud. Avtalsmässiga åtgärder/sanktioner, som t.ex. viten, handlar om brister i leverans under avtalstiden. Bedömningen av onormalt låga anbud görs i en annan del av upphandlingsprocessen, långt innan avtal tecknas, huvudsakligen med syftet att föregå och undvika situationer som kan föranleda avtalsmässiga åtgärder och sanktioner under avtalstiden. Vite är en verkningslös vid en tidpunkt när den avtalsmässiga sanktionen utlöses av att leveranser uteblir då onormalt låga anbudspriser har gett upphov till otillräckliga finansiella medel. Avtalssanktionen hävning utgör föga skydd för målgruppen för tjänsten.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

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.

I 16 kap. 7 § LOU anges följande. Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. En sådan begäran om förklaring kan gälla

1. om leverantören kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder för att fullgöra kontraktet,

2. om leverantören kan utnyttja tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma

förhållanden för att fullgöra kontraktet,

3. egenarten hos de varor, tjänster eller byggentreprenader som föreslås av leverantören,

4. hur leverantören avser att fullgöra kontraktet med avseende på tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter,

5. om leverantören kan få statligt stöd, eller
6. skyldigheterna som avses i 17 kap. 6 eller 7 §§.

Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

En upphandlande myndighet ska också förkasta en leverantörs anbud om den finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

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 gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Av Arbetsförmedlingens upphandlingsprotokoll framgår att WFY:s anbud har förkastats för de i målet aktuella leveransområdena på grund av att anbudspriserna har bedömts som onormalt låga. Av protokollet framgår vidare att Arbetsförmedlingen innan förkastande skett har berett WFY möjlighet att inkomma med en förklaring till sina priser. Förvaltningsrätten har i målet att pröva om Arbetsförmedlingen har haft fog för att utesluta bolagets anbud.

Förvaltningsrätten har inledningsvis att bedöma om Arbetsförmedlingen har haft fog för att begära att WFY ska förklara sina anbudspriser. För att så ska vara fallet krävs att Arbetsförmedlingen har gjort sannolikt att anbudspriserna är så pass låga att de kan anses vara onormala. Av utredningen i målet framgår att Arbetsförmedlingen har tagit fram en kalkylmodell som myndigheten har använt sig av vid sin bedömning av anbudsgivarnas prissättning. Enligt vad som framkommit i målet har myndigheten grundat modellen på de förutsättningar som framgår av upphandlingsdokumentet samt historiska volymer. Av utredningen i målet framgår vidare att WFY för en inledande åttamånadersperiod har erhållit ett betydande minusresultat när

Arbetsförmedlingen har fört in bolagets anbudspris i kalkylmodellen. Med hänsyn härtill anser förvaltningsrätten att myndigheten har haft fog för att granska bolagets anbud närmare och begära en förklaring från WFY på det sätt som skett.

När en upphandlande myndighet har fått in förklaringar till ett anbud som bedömts vara onormalt lågt ska den bedöma om förklaringarna är godtagbara och om anbudet, trots det låga priset, är seriöst menat. Om så inte bedöms vara fallet har myndigheten en skyldighet, enligt 16 kap. 7 § LOU, att förkasta anbudet. I förarbetena till den aktuella bestämmelsen anges att en av de upphandlande myndigheternas skyldigheter är att säkerställa att upphandlingen är effektiv, bl.a. i den meningen att den ska säkerställa att leverans kan ske i enlighet med avtalet (prop. 2015/16:195 s. 794 f.). Om ett onormalt lågt anbud visserligen kan förklaras, men trots det inger farhågor beträffande leveranssäkerhet m.m., kan det hävdas att det allmänna kravet på att en upphandlande myndighet ska iaktta skälig omsorg vid förberedandet av en upphandling leder till att det i den faktiska tillämpningen inte existerar något utrymme för myndigheten att anta ett anbud av sådant slag (se SOU 2014:51 s. 303).

Av utredningen i målet framgår att Arbetsförmedlingen vid en genomgång av WFY:s förklaringar har ansett att bolagets kalkyler är missvisande eftersom bolaget har utelämnat vissa kostnadsposter eller beräknat dessa på ett felaktigt sätt. Arbetsförmedlingen har i målet anfört att myndigheten har gjort bedömningen att WFY inte har kunnat styrka att leverans av tjänsten kan ske utan risk för Arbetsförmedlingen.

Förvaltningsrätten finner att det i målet inte har framkommit annat än att Arbetsförmedlingens farhågor avseende leveranssäkerhet varit motiverade. Förvaltningsrätten anser således att WFY inte har kunnat prestera en sådan utredning som på ett godtagbart sätt förklarar den ifrågasatta prissättningen i anbuden. Vad WFY har anfört om att upphandlingskontraktet hindrar bola-

get från att vägra utföra tjänsten förändrar inte denna bedömning. Arbetsförmedlingen har därmed haft fog för att förkasta anbudet med stöd av 16 kap. 7 § LOU. Enligt förvaltningsrättens mening har det inte framkommit att Arbetsförmedlingens bedömning har varit inkonsekvent eller godtycklig eller att myndigheten agerat i strid med likabehandlingsprincipen. Det har heller inte framkommit att Arbetsförmedlingen inte har gjort en individuell prövning av anbudet eller förklaringarna. Det saknas därför skäl för ingripande enligt LOU och ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Per-Erik Nistér

Tf. rådman

Carina Westin har varit föredragande.



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 rättstillämpningen.
- 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.

