



SÖKANDE

TUVAB Industriutbildning AB, 556622-2484

Ombud: Advokat Thomas Svedberg
Thomas Svedberg Advokat & Konsult AB
Föreningsgatan 11
553 21 Jönköping

MOTPART

Arbetsförmedlingen
113 99 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019-06-17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Förvaltningsdomstolen avslår ansökan.

YRKANDEN M.M.

Arbetsförmedlingen genomför upphandlingen Arbetsmarknadsutbildning inom svets och skärande bearbetning på kriminalvårdsanstalt (Af-2018/0016 7350). Upphandlingen omfattar åtta olika anstalter och genomförs genom ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) lagen om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsgrund är bästa förhållande mellan pris och kvalitet.

I meddelande om tilldelningsbeslut, daterat den 17 oktober 2018, anges att anbudsgivaren Astar AB (Astar) föreslås för anstalten Kumla. Av upphandlingsprotokoll daterat samma dag framgår att fem olika anbudsgivare lämnade sammanlagt 28 anbud i upphandlingen. Vidare anges bl.a. följande:

Under utvärdering har Arbetsförmedlingen bedömt att följande anbudsgivares anbudspriser i nedan angivna anstalter förefaller onormalt låga i förhållande till antalet lärare som kravställts på respektive anstalt och andra krav relaterade till tjänsten, till exempel kostnader för utrustning, där utrustningen i denna tjänst bedöms vara kostnadskrävande.

I en uppräkningslista anges bl.a. Astars anbud avseende anstalten Kumla.

Förklaring har begärts från leverantörerna för de anstalter som anges ovan. Bedömning av inkomna svar har endast skett för den leverantör som för varje anstalt haft möjlighet att tilldelas kontrakt, det vill säga den leverantör som för varje anstalt haft lägst utvärderingspris. Arbetsförmedlingen har bedömt att leverantörens inkomna svar har förklarat de låga priserna för varje anstalt på ett tillfredsställande sätt.

TUVAB Industriutbildning AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen avseende kriminalvårdsanstalten Kumla och yrkar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att vinnande anbud förkastas. Som grund för yrkandet anges följande. Den antagna leverantören har lämnat ett onormalt lågt anbud. Arbetsförmedlingen har i enlighet med bestämmelserna i LOU begärt att Astar förklarar det låga priset. Astar har inte på ett tillfredsställande sätt förklarat det låga priset. Enligt vad som stadgas i LOU ska Arbetsförmedlingen då förkasta anbudet,

vilket inte har skett. Eftersom bolaget kom tvåa i rangordningen avseende Kumla så hade bolaget erhållit uppdraget om Arbetsförmedlingen hade följt gällande regelverk. Det är uppenbart att bolaget därmed har lidit skada och i vart fall kan komma att lida skada.

Arbetsförmedlingen bestrider bifall till ansökan. Som grund anges att beslutet att godta Astars anbud är korrekt och att Arbetsförmedlingen därmed inte har vidtagit någon åtgärd i strid med LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna som lagen är grundad på.

PARTERNAS UTVECKLANDE AV TALAN

Bolaget

Bolaget anför huvudsakligen följande. Beträffande den aktuella upphandlingen avseende anstalten Kumla inkom två anbud, ett från bolaget och ett från Astar. Av tilldelningsbeslutet framgår att Astar tilldelades uppdraget och även uppdraget avseende ytterligare sex kriminalvårdsanstalter. Bolaget TUVAB har varit i branschen under många år och har en mycket god kunskap om vad som krävs för att bistå kriminalvårdsanstalter med den efterfrågade utbildningen.

Arbetsförmedlingen bedömde att ett antal anbudsgivares anbudspriser var onormalt låga i förhållande till antalet lärare som kravstälts på respektive anstalt och andra krav relaterade till tjänsten, såsom t.ex. kostnader för utrustning som är kostnadskrävande. Därför begärdes en förklaring till det onormalt låga anbudspriset. Ett svar inkom från Astar som byggde på att Astar ingår i en koncern med mycket god finansiell ställning. Arbetsförmedlingen ansåg med rätta att svaret inte var tillräckligt för att förklara det onormalt låga priset och skickade ytterligare en förfrågan. I denna angavs bl.a. ”Arbetsförmedlingen efterfrågar en förklaring till hur er starka och stabila finansiella ställning säkerställer att ni kan klara av att hantera

garantinivån på Kumla, för vilka Arbetsförmedlingen bedömt era anbud vara onormalt låga i förhållande till garantinivån.” Det svar som inkom utgjorde endast en ekonomisk garanti från koncernen och gav ingen ytterligare information. Arbetsförmedlingens förfrågan om hur denna starka ekonomiska ställning skulle garantera garantinivån i förfrågningsunderlaget är alltså fortfarande helt obesvarad. Eftersom Astar inte har lämnat någon tillfredsställande förklaring så ska Arbetsförmedlingen förkasta anbudet.

Utvärderingen i Upphandlingen genomfördes som en mervärdesbedömning utifrån tilldelningskriterierna "Pris" och "Kvalitet". Mervärdet skulle gälla i förhållande till de miniminivåer som Arbetsförmedlingen satt upp i förfrågningsunderlaget. I anbudet skulle anbudsgivaren själv ange hur mycket mervärde man ansåg att dess anbud gav. Mervärde kunde erhållas dels för beskrivning av metod, dels för nivån på yrkeslärare.

Astar har i sitt anbud angivit att anbudet skulle ge Arbetsförmedlingen högsta mervärde i alla delar och, inte att förglömma, på samtliga anstalter. Detta skulle exempelvis innebära att Astar på samtliga anstalter skulle kunna tillhandahålla högsta nivån för lärare inom båda kategorierna under hela verksamhetsåret, inklusive under semesterperioder, sjukdomsperioder etc.

Bolaget TUVAB har lång erfarenhet av att bedriva dessa utbildningar på just kriminalvårdsanstalter och vet att det är omöjligt att leverera exempelvis lärare med bakgrund som skulle ge högsta mervärde på alla dessa anstalter.

Astar uppger att man når högsta mervärde på allt och har lämnat ett anbudspris uppgående till 599 kr per kursdeltagardag medan TUVAB:s pris uppgår till 1 350 kr. De angivna anbudspriserna är redan i sig sådana att alla förstår att Astars anbudspris är extremt lågt. Redan lönekostnader, inklusive sociala avgifter kan beräknas till minst cirka 1,2-1,5 mkr per år. Den

garanterade ersättningsnivån när avrop sker är 1 048 250 kr baserat på Astars anbudspris. Därtill kommer alla övriga kostnader. Det ska också nämnas att ersättningen historiskt har uppgått till i snitt 1 226 058 kr per år under de senaste fyra åren.

Det finns ingen möjlighet att utnyttja stordriftsfördelar, kostnadseffektiva lösningar eller andra gynnsamma förhållanden. Anstalterna är spridda över landet och varje anstalt kräver sina helt egna lärare, helt egna läromedel och helt egen utrustning. Bakgrunden till detta är att det ständigt pågår utbildning. Det är alltså helt enkelt inte möjligt att utnyttja andra delar av en organisation i form av personal eller utrustning för att därigenom uppnå fördelar som kan avspegla sig i priset.

Det rör sig inte heller om att "pressa sina vinstmarginaler" eller något resonemang om "omedelbar" vinst, avtalet löper över flera år. Utvärderingsmodellen i upphandlingen utgår från dels pris per kursdeltagardag dels en mervärdesbedömning. Enligt punkt 6.2.2 i förfrågningsunderlaget finns det tre olika mervärdesnivåer i olika delar av kvalitetsbegreppet, vilket innebär att ju högre kvalitet anbudsgivaren kan prestera, desto större prisavdrag får anbudsgivaren. Det bör i denna del anmärkas att inte någon gång under upphandlingsfasen kontrolleras anbudsgivarens uppgifter om utbildningsnivå på lärare, vilket är det som mervärdet enligt punkt 6.2.2 mäter. Detta sker istället i efterhand, när alla andra anbudsgivare redan har förlorat möjligheten att ifrågasätta uppgifterna. Som exempel kan anges att Astar genomgående har angivit att bolaget kommer att anlita lärare med sådan kompetens att "Mervärde 1" ges. Det är fullständigt osannolikt att Astar skulle ha så många lärare (samma för alla anstalterna) med minst tre års erfarenhet från den typen av verksamhet.

Sammanfattningsvis går det således att konstatera att det inte finns några stordriftsfördelar eller andra liknande gynnsamma förhållanden som kan

motivera det onormalt låga priset; att samtidigt som anbudet erbjuder extremt lågt pris, erbjuder den allra högsta kvalitet (högst mervärde); att Arbetsförmedlingen inte någon gång under utvärderingsfasen faktiskt kontrollerar om det höga mervärdet kan underbyggas av anbudsgivaren; att Astar, om anbudet skulle vara seriöst menat, skulle gå med kraftig förlust varje år av avtalstiden och att det således inte handlar om att "pressa sina vinstmarginaler".

Arbetsförmedlingen

Arbetsförmedlingen anför huvudsakligen följande. Arbetsförmedlingen ställde ytterligare en fråga till Astar. Den kopplades till hur företagets påstående om deras starka och stabila ekonomi kan säkerställa att de kan klara av att hantera en situation där de endast får ersättning utifrån garantin i upphandlingen. Syftet med frågan var att säkerställa att företaget har kapacitet att hantera även det sämsta utfallet, det vill säga att ersättning endast utgår motsvarande garantinivån och inga ytterligare avrop sker. Astar besvarade frågan med att det i merparten av de ramavtalsupphandlingar som företaget lägger anbud på saknas garantinivåer. Företaget förklarar det på följande sätt. "Att denna upphandling har en garantiersättning förändrar inte omständigheterna på annat sätt än att garantinivån får betydelse på så sätt att man kan kalkylera det sämsta utfallet och sätta det i förhållande till sin ekonomiska kapacitet".

Mot bakgrund av det låga anbudet och kopplingen till garantinivån ger Astar följande förklaring. "Om utfallet av antal kursdeltagare skulle motsvara garantinivån kommer Astar att bedriva verksamheten på nu nämnda anstalter med förlust, vilken består i ej full kostnadstäckning för lärare nummer två." "Redan vid ett fåtal ytterligare deltagare utöver garantinivån kommer Astar att göra en god affär med relativ hög vinstmarginal."

För att styrka att Astar har en stark och stabil finansiell ställning har företaget både skickat med en årsredovisning för det egna bolaget och en moderbolagsgaranti som visar att det finns medel även inom koncernen. I sitt svar har de också motiverat varför moderbolagsgarantin skickats in. Det är Arbetsförmedlingens bedömning att Astar på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset.

Bolaget ifrågasätter att Astar kommer att kunna leverera exempelvis lärare som ger högsta mervärde på alla anstalter. Förutsättningarna för en leverantörs åtagande är uppställda i förfrågningsförlaget. Av detta framgår att leverantören, senast fyra veckor efter avrop, ska inkomma med uppgifter som styrker att de har personal som uppfyller de krav som ställts, inklusive mervärde. Om leverantören inte kan styrka detta ska vite utges. Att leverantörerna uppfyller sina krav kommer att följas upp av Arbetsförmedlingen.

Det finns inte några garantier för att den person som anges i anbudet faktiskt kommer att vara kvar hos anbudsgivaren när avropet sker. Kontroll av kompetens och mervärde ska därför ske vid avropstillfället. Om anbudsgivare inte uppfyller vad denna offererat i sitt anbud så kommer sanktioner att utgå mot anbudsgivaren.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

I 20 kap. 6 § första stycket LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU 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.

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning endast på de omständigheter som sökanden åberopar. Det är vidare 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 krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden. Myndigheten 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 (19 kap. 27 § LOU).

Någon definition av begreppet onormalt lågt anbud finns varken i LOU eller i det bakomliggande direktivet. Det ankommer således på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall bedöma denna fråga inom det handlingsutrymme som reglernas utformning ger (jfr HFD 2016 ref. 3 samt prop. 2015/16:195 s. 1114 ff.). Den upphandlande myndigheten har en stor frihet att avgöra om anbudsgivares förklaringar till sitt anbud ska anses tillräckliga för att anbudet ska utvärderas eller trots förklaringarna förkastas. Ett anbud med mycket lågt pris eller avvikande lågt pris är inte detsamma som ett onormalt lågt pris i LOU:s mening. Det krävs dessutom att anbudspriset som sådant är så lågt att det inte kan betraktas som seriöst menat. Det är tillåtet att för anbudsgivare att pressa sina vinstmarginaler, eller till och med gå med förlust, som ett led i en medveten strategi för att vinna marknadsandelar (jfr HFD 2016 ref. 3 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 6 juli

2016 i mål nr 704-15). En leverantör som exempelvis kan dra nytta av betydande stordriftsfördelar eller som önskar pressa sina vinstmarginaler kan vilja konkurrera med ett lågt pris för att kunna ta sig in på en viss marknad (HFD 2018 ref.50). Vidare är syftet med bestämmelserna om onormalt lågt anbud bl.a. att den upphandlande myndigheten har en skyldighet att se till att upphandlingen är effektiv, bl.a. i den meningen att den ska säkerställa att leverans kan ske i enlighet med kontraktet (se prop. 2015/16:195 s. 794).

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har inte anfört att Arbetsförmedlingen skulle ha åsidosatt de förfaranderegler som gäller för upphandlande myndigheter om ett anbud förefaller vara onormalt lågt. Frågan i målet är således om Arbetsförmedlingen skulle ha förkastat vinnande anbud för att anbudsgivaren inte förklarat sitt låga pris på ett tillfredsställande sätt.

Bolaget anser inte att en stark och stabil finansiell ställning utgör en förklaring till Astars låga anbudspris.

Arbetsförmedlingen anför att syftet med det begärda förtydligandet av Astars förklaring var att säkerställa att detta bolag har kapacitet att hantera även det sämsta utfallet, det vill säga att ersättning endast utgår motsvarande garantinivån och inga ytterligare avrop sker.

Förvaltningsrätten instämmer i Arbetsförmedlingens bedömning att Astar har lämnat en tillfredsställande förklaring till sitt pris. De förklaringar som Astar har lämnat kan inte anses som allmänt hållna utan är objektivt godtagbara. Som nämnts ovan finns det inte något krav på att lämnat anbud ska leda till vinst utan anbudsgivare har möjlighet att pressa sina vinstmarginaler, eller till och med gå med förlust, utan att ett anbud av den anledningen nödvändigtvis ska anses som onormalt lågt.

Vidare anmärker bolaget på att Astar trots det låga priset har uppgett sig nå högsta mervärde enligt de kriterier som anges i förfrågningsunderlagets punkt 6.2.2. Bolaget anser det vara osannolikt att Astar kan erbjuda lärar-kompetens i enlighet med sitt anbud.

I denna del kan konstateras att det är ostridigt att kontroll av kompetens och mervärde ska ske vid avropstillfället, såsom anges i förfrågningsunderlagets punkt 4.3.1. En upphandlande myndighet kan fritt utforma förfrågningsunderlaget utifrån sina behov under förutsättning att de krav som ställs är förenliga med LOU och de unionsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen. Utifrån vad bolaget anfört finns inte anledning att ingripa mot utformningen av förfrågningsunderlaget.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att vad bolaget har anfört inte ger skäl för att anta att anbudet från Astar inte är allvarligt menat eller att det råder tvivel om detta bolags leveransvilja eller leveransförmåga. Bolaget har således inte har förmått visa att Arbetsförmedlingen i sin upphandling har brutit mot någon bestämmelse i LOU. Det saknas därmed skäl för ett ingripande mot upphandlingen. Ansökan ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Charlotte Lönnheim

Tf. rådman

Föredraganden Anna Cederberg har handlagt 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 avisar 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.