



SÖKANDE

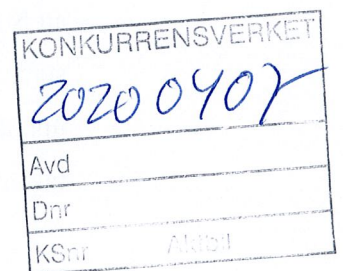
Iris Hadar AB, 556396-0789 (efter fusion – tidigare Iris Competens AB, 556503-9871)

Ombud: Advokat Björn Bergström och biträdande jurist Victor Pålsson
Lundell
Ramberg Advokater KB
Box 3137
103 62 Stockholm

MOTPART

Stockholms Stad, Arbetsmarknadsnämnden

Ombud: Eva Ahlholm
Stadsledningskontoret
Juridiska avdelningen
105 35 Stockholm



SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Stockholms Stad (Staden) genomför, genom arbetsmarknadsnämnden, en upphandling benämnd *Kommunal vuxenutbildning – Stockholms stad*, dnr 2018-0408. Upphandlingen, som är indelad i tretton olika anbuds/avtalsområden, genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Sista datum för att inkomma med anbud var den 15 augusti 2019. Förvaltningsrätten har den 16 augusti 2019 beslutat att Staden inte får ingå avtal i upphandlingen innan något annat har bestämts. Förvaltningsrätten har härefter genom beslut den 9 oktober 2019 upphävt det interimistiska beslutet från den 16 augusti 2019 vad gäller avtalsområdena 3:A, 3:B, 3:C, 3:D, 3:G, 3:H och 3:I.

Iris Hadar AB (efter fusion, tidigare Iris Competens AB, härefter benämnt Iris) ansöker, såsom bolaget slutligen bestämt sin talan, om överprövning av upphandlingens alla delar förutom avtalsområdena 3:A, 3:B, 3:C, 3:D, 3:G, 3:H och 3:I och yrkar att upphandlingen ska göras om i de delar som omfattas av ansökan. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Krav som uppställts avseende antal rektorer per skolenhet strider mot LOU och skollagen

Staden har i punkt 4.3.1.1 i upphandlingsdokumentet kravställt att en leverantör måste ha en rektor per skolenhet och anbudsområde. En anbudsgivare som bedriver sin verksamhet inom en skolenhet och som blir antagen på två anbudsområden måste därför ha en rektor per anbudsområde, dvs. totalt två rektorer. Av punkt 4.3.1.1 i upphandlingsdokumentet framgår vidare att en rektor maximalt får vara ansvarig för 800 unika elever. Under anbudstiden har det inkommit frågor om antalet rektorer och kravets innebörd. Staden har som svar på två frågor förtydligat att den räknar med att leverantörer även har elever från andra delar av Stockholms län, vilket innebär att leve-

rantören kan använda en rektor som är ansvarig för ett anbudsområde även åt andra kommuner. Såvitt det får förstås, så länge som antalet unika individer rektorn är ansvarig för inte överstiger 800.

Det aktuella kravet innebär att principerna om likabehandling och proportionalitet träds för när. En leverantör som inte har externa elever förbjuds att vara ansvarig för andra elever än de som tillhör anbudsområdet, även om de t.ex. endast uppgår till 50 individer. En leverantör som har externa elever, kan ha en rektor som är ansvarig för ytterligare 750 elever utan att det strider mot kraven i upphandlingen. Det innebär att förutsättningarna för prisättning skiljer sig åt på ett väsentligt sätt mellan olika leverantörer, utan att det är motiverat av Stadens behov. Om Staden enbart hade ställt upp ett krav på maximalt antal elever, utan att göra begränsningen till Stadens avtalsområde och skolenhet skulle alla leverantörer behandlas på samma sätt. I stället kommer nu en leverantör, som enbart har Staden som kund och som dessutom har mindre skolenheter, att ha en kostnad för rektor som är mycket högre per elev än den leverantör som har externa elever. Detta leder till att leverantörer som endast har Staden som kund inte har möjlighet att konkurrera, trots att det inte finns sakliga skäl som motiverar olika behandling.

Även om det aktuella kravet kan anses vara ägnat att säkerställa kvaliteten med utbildningen är kravet inte nödvändigt, eftersom Staden tillåter att en rektor kan ansvara för ett mycket stort antal elever, så länge som de inte tillhör upphandlingen. Det står inte heller i rimlig proportion till den skada som Iris, och kanske ytterligare leverantörer, lider eftersom kravet inskränker bolagets möjligheter att lämna anbud.

Kravet i avsnitt 4.3.1.1 innebär vidare att anbudsgivare som vill lämna anbud för mer än en skolenhet och ett anbudsområde tvingas bryta mot skollagen (2010:800). Av 2 kap. 9 § skollagen framgår att det pedagogiska arbetet vid en förskole- eller skolenhet ska ledas och samordnas av en rektor. Av

förarbetena till bestämmelsen (prop. 2009/10:165 s. 250) framgår att varje elev respektive skolenhet endast får ha en rektor på samma gång. Stadens tillämpning av kravet innebär att denna lag åsidosätts. Att tillämpa kravet är därför oproportionerligt. Iris har lidit skada av kravets tillämpning, eftersom bolaget inte har möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud under rådande förutsättningar.

Staden har inte angett den totala maximala volymen för ramavtalen

EU-domstolen har i sitt avgörande i mål C-216/17 Coopservice angett att en upphandling av ramavtal ska innehålla viss uppgift om ramavtalets maximala volym. Konkurrensverket har i ett ställningstagande anslutit sig till uppfattningen att en upphandlande myndighet som är part i ett ramavtal är skyldig att precisera den totala kvantitet och det högsta belopp som ramavtalet omfattar. Staden har i upphandlingen inte angett ramavtalets totala kvantitet, vilket gör att det inte går att förutse ramavtalets omfattning. Det går således inte att avgöra när avtalet inte längre har någon verkan. Detta leder till ett icke-transparent förfarande och är oförenligt med upphandlingslagstiftningen. Staden har i upphandlingsdokumentet (punkt 1.4.4) angett att den inte kan lämna några garantier för avrop eller volym på avrop. Detta innebär i praktiken att de olika ramavtalens omfattning är obegränsade. Staden kan inte fransäga sig skyldigheten att ange ramavtalets maximala kvantitet med hänvisning till vad ramavtalet tidigare har uppgått till. Iris har lidit skada av de saknade uppgifterna, eftersom bolaget inte har kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud under rådande förutsättningar.

Utvärderingskriterierna är inte kopplade till kontraktsföremålet

Av punkt 10.7 i upphandlingsdokumentet framgår att Staden har valt att utvärdera ”Ökad genomströmning i utbildningen”. Utvärderingskriteriet utgår från de obligatoriska kraven i avsnitt 4.3.7 och 4.3.9. För olika an-

budsområden föreligger emellertid olika förutsättningar för att genomföra utbildningen i klassrum eller digitalt. Som exempel kan nämnas anbudsområde 4A, där distansundervisning är obligatorisk, och område 4B där anbudsgivaren kan välja om man ska erbjuda klassrumsundervisning eller distansundervisning. I upphandlingen ställs olika krav på klassrums- respektive distansutbildning, bl.a. med avseende på kursstart. Arbetsätten för att uppfylla det av Staden efterfrågade kriteriet är helt olika för de olika undervisningsformerna. För område 4A och 4B kan en leverantör t.ex. beskriva sitt digitala arbete på ett bra sätt och uppnå full poäng trots att inget arbete över huvud taget sker gällande klassrumsundervisning med avseende på ”ökad genomströmning” enligt punkt 10.7. Det är till och med så att man för område 4B kan erbjuda distansundervisning för ett av de totalt 42 områdena som ingår i område 4B och beskriva ett arbete med distansundervisning, när det endast utgör 2,38 % av helheten. De omständigheter som påtalas ovan innebär att det inte är möjligt att utvärdera anbuderna på ett likabehandlande sätt, då betygen som ges kommer att sättas med olika förutsättningar och utgångspunkter. Staden hade, för att behandla alla anbudsgivare lika, behövt dela upp det aktuella kriteriet i två delar – en del som rör klassrumsutbildning och en som rör distansutbildning. De använda utvärderingskriterierna saknar därmed koppling till både kontraktsföremålet och fullgörandet av kontraktet (jfr HFD 2016 ref. 37).

Staden har i målet hänvisat till sekretess gällande hur bedömningen ska ske. Det synes innebära att Staden har kriterier för bedömningen som inte framgår av upphandlingsdokumenten. Det är inte tillåtet att fastställa utvärderingsmodellen först när anbuderna utvärderas (se bl.a. EU-domstolens avgörande i mål C-6/15 Dimarso). Iris förstår inte, vare sig utifrån den information som getts i upphandlingen eller utifrån vad Staden har anfört i målet, hur utvärderingen ska gå till och på vilket sätt utvärderingsmodellen kan anses fastställd redan i samband med upphandlingen. Utvärderingsmodellen uppfyller därmed inte kraven på transparens.

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

Förfrågningsunderlaget har utformats i enlighet med LOU och skollagen

Med hänsyn till att upphandlingen omfattar utbildning med många olika inriktningar och målgrupper har upphandlingen delats upp i olika anbudsområden, vilka utvärderas var för sig med separata tilldelningsbeslut. Leverantörer har kunnat välja att lägga anbud i ett eller flera anbudsområden. Den uppdelning som skett i olika anbudsområdena har skett efter noga överväganden om de särskilda förutsättningar, krav och behov som gäller för vuxenutbildningens olika former. Uppdelningen har utgått från de olika målgruppernas behov av olika utbildningsinsatser. Anbudsområdena är var för sig anpassade till målgrupperna och deras skilda förutsättningar att tillgodogöra sig utbildningen. Det stämmer inte att kraven i upphandlingen avseende rektor innebär bristande likabehandling. De krav som ställs på tjänsterna som upphandlas i de olika anbudsområdena måste uppfyllas för vart och ett av de anbudsområden som en leverantör lämnar anbud för. Inom anbudsområdet gäller kravet lika för alla leverantörer.

Det är inte möjligt att genom en rektor på samma heltid uppfylla förfrågningsunderlagets krav avseende rektor på heltid för flera olika anbudsområden. Däremot är det tillåtet att, som redan sker i dag, ta emot elever från andra kommuner inom en utbildning. När det gäller möjligheten att ta emot elever från andra kommuner i länet erfordras oftast att leverantören är godkänd i de olika kommunernas auktoriseringssystem. Dessa system är öppna för leverantörer som uppfyller auktoriseringskraven. Stadens mer översiktliga bild är att en leverantör som får avtal i den i målet aktuella upphandlingen också med all sannolikhet kan godkännas vid auktorisering i andra kommuner. Oavsett om en leverantör tar emot elever från andra kommuner eller inte, kommer det finnas leverantörer med olika stora marknadsandelar.

Detta skiljer sig inte från förhållandena i andra upphandlingar. En upphandlande myndighet har inga eller mycket begränsade möjligheter att anpassa krav på tjänsten utifrån att det finns leverantörer med olika stora marknadsandelar.

Det är enligt Stadens erfarenhet högst väsentligt för verksamhetens kvalitet att rektor är på plats heltid på skolenheten. Därtill har det betydelse för verksamhetens resultat att kravet på rektor följer den uppdelning som finns i upphandlingen mellan de olika anbudsområdena. Dessa olika utbildningar har olika inriktningar och utmaningar och det är av betydelse att en rektor kan ägna sig åt en utbildning och inte splittras mellan olika utbildningar. I utbildningar med arbetsförlagt lärande har rektorn ansvar för praktikplatserna och uppföljningen av dessa. I kombination med den dokumenterade betydelsen av branschkoppling ger detta ytterligare skäl för utformningen. Staden lägger också stor vikt vid ett nära pedagogiskt ledarskap, dvs. rektorns ledning, närvaro i skolvardagen och faktiska verkan för genomförandet, vilket har avgörande betydelse för resultaten. De fördelar som uppnås genom utformningen av kraven rörande rektor och som inte kan uppnås på motsvarande sätt genom mindre ingripande alternativ har ett högt värde ur både mänskligt perspektiv och samhällsperspektiv. Tvingas Staden ändra kravet blir konsekvensen sämre förutsättningar att nå nödvändiga resultat och att det finns en beaktansvärd risk för att elever får sämre skolgång och att färre elever kommer ut i arbetslivet.

Iris har gjort gällande att kravet avseende rektor strider mot proportionalitetsprincipen med hänvisning till att kravets utformning strider mot skollagens bestämmelse om att det endast får finnas en rektor per skolenhet. Av punkt 4.2.8 i upphandlingsdokumentet framgår dock att leverantören ska ange skolenheter först i samband med avtalstecknande. Det står leverantörerna fritt att ha en eller flera skolenheter. Därtill kommer att det kan finnas flera organisatoriska skolenheter inom en skola/skolbyggnad, som i och för

sig även skulle kunna vara en i fysiskt hänseende sammanhållen skolenhet. Det är först i samband med avtalstecknandet som leverantören måste ha gjort de anpassningar som följer av skollagen beträffande skolenhet. I förfrågningsunderlaget framgår också tydligt en möjlighet att ändra skolenhet samtidigt som att det är ett grundläggande krav att skollagen följs. Det har därmed inte funnits hinder för Iris att lägga anbud eller sitt bästa anbud. Staden har självklart inte avsett att tvinga någon leverantör att bryta mot skollagen. Det finns lagliga möjligheter att hantera situationen genom bildande av flera organisatoriska skolenheter. Kravet strider därför varken mot skollagen eller proportionalitetsprincipen.

Staden har lämnat erforderliga upplysningar om kvantiteten

Bolaget har med åberopande av Konkurrensverkets ställningstagande ”Ramupphandlingar och öppenhetsprincipen – EU-domstolens avgörande i mål C-216/17 Coopservice” anfört att Staden har brustit i fråga om uppgifter rörande ramavtalens totala kvantitet.

Staden har för varje separat anbudsområde angett den efterfrågade totalvolymen som bygger på beräknat behov. Därmed finns för varje anbudsområde en totalkvantitet. Värdet följer av de fasta priser som Staden har bestämt och som framgår av förfrågningsunderlaget. Även om kraven uppfylls i den utsträckning detta är möjligt, får Staden notera att Konkurrensverkets vägledning inte är tillämplig i denna upphandling i enlighet med vad som anges i vägledningen, s. 3 sista stycket. Det kan vidare konstateras att de bestämmelser i direktiven som aktualiseras i Coopservice och i ställningstagandet inte heller är tillämpliga för upphandlingen. Oavsett detta uppfyller förfrågningsunderlaget vad som anges i ställningstagandet och vad som följer av de grundläggande principerna. I den aktuella upphandlingen anges inte bara den totala volym som efterfrågas för varje anbudsområde. Av förfrågningsunderlaget framgår också under punkt 1.4.5 att tilldelning sker i

förhållande till denna volym. Därtill kommer att anbudsgivaren i sina anbud sätter tak för den volym som anbudsgivaren maximalt erbjuder.

För varje avtalsområde anges under punkten 1.4.4 *Beräknade volymer* i förfrågningsunderlaget efterfrågad volym. Volymerna bygger visserligen på beräknade volymer, men anges i förfrågningsunderlaget som *efterfrågade* volymer. Vidare anges under punkten 1.4.5 *Antal avtal för respektive avtalsområde* att det är detta behov som ska täckas för respektive avtalsområde. Genom dessa uppgifter anges volym som utgångspunkt för när kompletterande upphandling kan aktualiseras, för det fall angivna efterfrågade platser som är den maximala volymen i upphandlingen inte räcker för att täcka Stadens behov. Genom de fasta priserna som anges i bilaga till förfrågningsunderlaget framgår också det totala värdet.

Utvärderingskriterierna har erforderlig koppling till kontraktsföremålet

Enligt Stadens mening framgår det inte av Iris ansökan om överprövning på vilket sätt utvärderingskriterierna inte skulle vara kopplade till kontraktsföremålet. Kriterierna avser genomförandet av utbildningsuppdraget och har avgörande betydelse för verksamhetens kvalitet och förutsättningar att nå målsättningarna. Beträffande distansutbildning så är det endast för anbudsområde 4:B som detta är ett alternativ till studieförmen klassrum enligt punkten 9.2 i förfrågningsunderlaget. För alla övriga anbudsområden är det obligatoriskt med studieförmen klassrum och erbjudande om distansutbildning är något som mer undantagsvis kan erbjudas i enlighet med vad som framgår under punkterna 5.4.3, 6.4.5, 7.3.2 och 8.3.4 i förfrågningsunderlaget. För anbudsområdet 4:B gäller att anbud kan innehålla erbjudande om studieförmen klassrum eller distansutbildning alternativt både studieförmen klassrum och distansutbildning i alla delar. Anbudsgivare kan inte erbjuda distansutbildning för endast en del i anbudsområdet. Utvärdering av de efterfrågade mervärdena ger inte olika förutsättningar, beroende av om anbu-

det avser undervisning i klassrum eller på distans. Utvärderingskriteriernas utformning medger likvärdig utvärdering inom anbudsområdet 4:B, likaväl som inom övriga anbudsområden. I förfrågningsunderlaget anges tydligt under punkten 2.3 och i avsnittet 10 samtliga för utvärderingen nödvändiga förutsättningar. Vad Iris har anfört visar inte på något sätt att utvärderingskriterierna är utformade i strid med gällande rätt. Utan tilldelningsbeslut och upphandlingsrapport finns det inte möjlighet att genom utvärderingsresultatet ytterligare påvisa att genomförande av utvärdering kan ske på likvärdigt sätt med utgångspunkt från dessa utvärderingsförutsättningar.

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. 1 § LOU anges följande. En upphandlande myndighet ska tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten. Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska utvärderas på någon av följande grunder: 1. bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, 2. kostnad, eller 3. pris. Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange den grund för utvärdering av anbud som den avser att använda.

I 16 kap. 2 § LOU anges följande. När en upphandlande myndighet utvärderar ett anbud på grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet ska den bedöma anbudet utifrån kriterier som har anknytning till det som ska anskaffas. Ett tilldelningskriterium ska anses ha anknytning till den vara, tjänst

eller byggtreprenad som ska anskaffas om kriteriet i något avseende hänför sig till denna vara eller tjänst eller till byggnadsverket under något skede av livscykeln. Tilldelningskriterierna ska säkerställa en effektiv konkurrens och får inte ge den upphandlande myndigheten en obegränsad valfrihet. De ska presenteras så att det utifrån leverantörens uppgifter går att kontrollera hur väl ett anbud uppfyller kriterierna. Om det finns anledning ska myndigheten kontrollera att leverantörens uppgifter är riktiga.

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

Krav avseende rektor

I upphandlingsdokumentets punkt 4.3.1.1 har bl.a. följande krav uppställts gällande rektor.

Leverantören ska vid varje skolenhet ha minst en (1) rektor på plats på heltid, oavsett antal elever.

En rektor får inte ansvara för mer än 800 unika elever. I det fall skolenheten överstiger 800 elever under en sammanhängande period på maximalt tre (3) månader ska ytterligare rektor anställas på heltid. Det innebär att det vid större skolenheter kan krävas flera rektorer med egna, tydligt avgränsade ansvarsområden.

Under anbudstiden har det inkommit frågor kring hur kravet i punkt 4.3.1.1 ska tolkas. Staden har i svar den 5 juli 2019 (fråga 43) angett att en rektor på en enhet kan ansvara för flera avtalsområden om antalet elever inte överstiger maxantalet. Staden har härefter den 16 juli 2019 publicerat en rättelse och återtagit det tidigare svaret och ersatt det med följande svar:

Anbud kan lämnas för ett eller flera avtalsområden. Respektive avtalsområde kommer att utvärderas var för sig (punkt 1.4) I punkt 2.1.2 framgår att ett anbud kan antas endast om det omfattar samtliga efterfrågade uppgifter och uppfyller ställda krav för det avtalsområde som anbudet lämnas.

Ett av de obligatoriska kraven är kravet på rektor i punkt 4.3.1.1 Rektor. I denna punkt framgår bland annat att

- leverantören ska vid varje skolenhet ha minst en (1) rektor på plats på heltid, oavsett antal elever,
- en rektor får inte ansvara för mer än 800 unika elever,
- rektor ska vara anställd av leverantören när verksamheten enligt beställarens uppdrag startar.

Krav Rektor är ett krav på tjänsten på skolenhetsnivå för samtliga avtalsområden. Med detta följer att varje anbud för sig som lämnas i anbudsområdet måste uppfylla detta villkor för att kunna antas. Således, kravet Rektor ska vara uppfyllt per avtalsområde - inte avtalsområden.

Staden har vidare den 17 juli 2019 i publikt svar på en fråga som inkommit kring kravet avseende rektor (fråga 125) anfört bl.a. följande.

Det aktuella kravet i förfrågningsunderlaget innebär att det ska finnas en rektor på plats heltid på skolenheten per avtalsområde/yrkesutbildning. Detta innebär att en leverantör som vinner tilldelning för två avtalsområden och har dessa olika yrkesutbildningar på två olika skolenheter måste ha en rektor på plats heltid per avtalsområde och skolenhet. Kravet om rektor på heltid för exempelvis VVS gäller på motsvarande sätt lika både för den leverantör som endast har avtal avseende VVS, respektive den leverantör som har avtal för exempelvis både VVS och El och Energi. Det är korrekt uppfattat att om sistnämnda leverantör bedriver båda yrkesutbildningarna i samma skolenhet så ska det finnas två rektorer på denna skolenhet.

Förvaltningsrätten anser att det genom vad Staden har angett i Frågor & Svar den 16 och den 17 juli 2019 klargjorts att punkt 4.3.1.1 i upphandlingsdokumentet ska tolkas på så sätt att det ska finnas en rektor för varje avtalsområde och att en och samma rektor inte får ansvara för utbildning inom flera avtalsområden i upphandlingen. Förvaltningsrätten har, med anledning av vad Iris har anfört i målet, att pröva om kravet kan anses oförenligt med proportionalitets- och likabehandlingsprincipen.

Förvaltningsrätten prövar inledningsvis om kravet kan anses förenligt med proportionalitetsprincipen.

Bedömningen av om proportionalitetsprincipen åsidosatts ska utföras som en ”strukturerad avvägning” mellan motstående intressen i tre steg. Det första steget innefattar frågan om åtgärden är ägnad att tillgodose det avsedda ändamålet. Därefter bedöms om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet. Slutligen bedöms om den fördel som det allmänna vinner står i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar berörda enskilda intressen (HFD 2016 ref. 37). Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att åtgärden, i detta fall kvalificeringskravet, är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet (se Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 3477-09).

För att ett uppställt krav ska vara förenligt med proportionalitetsprincipen krävs alltså att kravet inte går längre än vad som är nödvändigt för att uppnå sitt syfte. Staden har anfört att det ifrågasatta kravet bl.a. har uppställts för att förhindra att en rektor ska ha ansvar för flera olika utbildningsområden. Enligt Staden är det, mot bakgrund av att de olika utbildningarna har olika inriktningar och utmaningar, betydelsefullt för verksamhetens kvalitet att kravet på rektor följer den uppdelning som finns i upphandlingen i olika anbudsområden. Iris menar å sin sida att kravet inte har varit nödvändigt för att tillgodose det avsedda ändamålet, eftersom en rektor tillåts vara rektor för ett mycket stort antal elever så länge som de inte tillhör upphandlingen. Enligt bolaget står kravet inte heller i rimlig proportion till den skada bolaget lider då kravet inskränker bolagets möjligheter att lämna anbud.

Förvaltningsrätten bedömer att kravet på minst en rektor per avtalsområde är kopplat till det som ska upphandlas och att åtgärden får anses ägnad att säkerställa att det av Staden angivna syftet med kravet ska uppnås. Förvaltningsrätten anser att det eftersträvade syftet att en rektor inte ska vara ansva-

rig för flera olika utbildningsområden inte hade gått att uppnå genom att endast ställa upp ett krav på maximalt antal elever per rektor. Enligt förvaltningsrättens mening har det därför inte framkommit annat än att kravet varit nödvändigt. Den negativa effekt som kravet kan få för vissa leverantörer framstår inte som oproportionerlig i förhållande till de fördelar som Staden velat uppnå genom kravet. Förvaltningsrätten finner därför att kravet i sig inte kan anses strida mot proportionalitetsprincipen. Iris har även gjort gällande att kravet strider mot bestämmelser i skollagen och att kravet med hänsyn härtill är oproportionerligt. Förvaltningsrätten finner dock att det inte framkommit annat än att kravet är möjligt att uppfylla utan att bryta mot skollagens bestämmelser. Kravet kan därför inte heller anses oproportionerligt av denna anledning.

Iris har vidare gjort gällande att kravet på minst en rektor per anbudsområde står i strid med likabehandlingsprincipen, eftersom kravet får till följd att leverantörer som inte har externa elever endast kan vara ansvariga för elever som tillhör anbudsområdet. Förvaltningsrätten anser dock att det aktuella kravet inte leder till att leverantörer behandlas olika. Enligt förvaltningsrättens mening strider det inte mot likabehandlingsprincipen att ställa krav som endast kan uppfyllas av ett fåtal leverantörer, så länge kraven är sakligt motiverade (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-513/99 Concordia). Förvaltningsrätten anser, med hänsyn till vad Staden har anfört om det bakomliggande syftet med kravet, att det inte framkommit annat än att kravet är sakligt motiverat. Enligt förvaltningsrättens mening kan det ifrågasatta kravet därmed inte anses ha utformats i strid med vare sig likabehandlings- eller proportionalitetsprincipen, varför det saknas skäl för ingripande med anledning av vad bolaget har anfört i dessa avseenden.

Har Staden lämnat erforderliga upplysningar om kvantiteten?

Iris har gjort gällande att Staden inte har angett takvolym för de olika ramavtalen i upphandlingen, vilket innebär att det inte går att förutse det potentiella värdet av ramavtalen. Enligt bolaget framgår det av EU-domstolens dom i mål C-216/17 Coopservice att upphandlingsdokumenten i en ramavtalsupphandling måste innehålla en sådan uppgift.

Enligt EU-domstolens nämnda dom innebär det ett åsidosättande av både öppenhets- och likabehandlingsprincipen om ramavtalsparten inte anger den totala kvantitet som avtalet avser. Konkurrensverket har i ställningstagande (2019:1) uttalat sig om hur myndigheten anser att EU-domstolens avgörande i mål C-216/17 ska tolkas. Enligt Konkurrensverket följer det av EU-domstolens dom att en upphandlande myndighet som är part i ett ramavtal är skyldig att precisera den totala kvantitet och det högsta belopp som ramavtalet omfattar. Enligt Konkurrensverket inkluderar skyldigheten att, så långt det är möjligt, göra en uppskattning av värdet eller storleksordningen och frekvensen på de efterföljande kontrakt som ska tilldelas med ramavtalet som grund. Detta innebär enligt Konkurrensverket att den upphandlande myndigheten är skyldig att göra en rimlig uppskattning av det förväntade värdet och den förväntade kvantiteten.

Staden har satt i fråga om EU-domstolens avgörande i mål nr C-216/17 och det ställningstagande som Konkurrensverket har meddelat med anledning av domen har relevans för den i målet aktuella upphandlingen, eftersom upphandlingen genomförs enligt 19 kap. LOU. Oavsett om så är fallet eller inte har Staden dock gjort gällande att det i upphandlingsdokumenten för varje separat anbudsområde har angetts den efterfrågade totalvolymen, som byggs på beräknat behov. Enligt Staden innebär detta att det för varje anbudsområde finns en totalkvantitet. Staden menar vidare att värdet följer av de fasta priser som framgår av förfrågningsunderlaget.

Av 19 kap. 2 § LOU framgår att de grundläggande principerna som kommer till uttryck i 4 kap. 1 § LOU är tillämpliga även på upphandlingar enligt 19 kap. Mot bakgrund härav och med beaktande av att EU-domstolens slutsatser i mål C-216/17 härrör från en tolkning av de grundläggande principerna, anser förvaltningsrätten att EU-domstolens uttalanden i Coopservice- domen även har giltighet för upphandlingar som omfattas av 19 kap. LOU. Enligt förvaltningsrättens mening innebär detta att Staden i den aktuella upphandlingen har haft en skyldighet att ange takvolym för de olika ramavtalen i upphandlingen. Fråga är då om Staden har uppfyllt detta krav.

I upphandlingsdokumenten anges bl.a. följande avseende upphandlingens omfattning.

1.4.4 Beräknade volymer

Nedan redovisas efterfrågade volymer per avtalsområde, som uppskattat antal individer per läsår och/eller som helårsplatser (HÅP).

En helårsplats beräknas till 800 studiestödspoäng per individ och år.

Arbetsmarknadsnämnden kan inte närmare förutse behovet av utbildningsplatser och lämnar inga garantier för avrop, eller volym på avrop. Behovet av den upphandlade verksamheten påverkas bland annat av befolkningens storlek, arbetsmarknadens behov, inflyttning, utbildningsbehov samt av politiska beslut.

Under första halvåret av avtalet (januari t.o.m. juni 2010) kommer även en överflyttning att ske av de elever som redan är inne i studier hos leverantörer som upphör att leverera tjänsten. Leverantörer inom detta avtal kommer i dessa fall att ta emot elever från andra leverantörer och ska medverka till att en så god överflyttning som möjligt kan ske. Hur många elever detta kommer att beröra kan beställaren inte förutse.

Kluster 1 Sfi studieväg 1 och viss utbildning på grundläggande nivå

- Avtalsområde 1:A Sfi studieväg 1 och viss utbildning på grundläggande nivå = 1 500 individer per läsår

Kluster 2 Sfi studieväg 2, studieväg 3 och grundläggande kurser

- Avtalsområde 2:A Sfi studieväg 2, del av studieväg 3 och grundläggande kurser = 19 500 individer per läsår

Kluster 3 Yrkesutbildningar

- Avtalsområde 3:A Barn och fritid = 6 300 individer per läsår, 850 helårsplatser i ordinarie utbildning 2019
- Avtalsområde 3:B Bygg och anläggning = 1 000 individer per läsår, 150 helårsplatser i ordinarie utbildning 2019
- Avtalsområde 3:C El och energi = 1 000 individer per läsår, 150 helårsplatser i ordinarie utbildning 2019
- Avtalsområde 3:D VVS = 900 individer per läsår, 100 helårsplatser i ordinarie utbildning 2019
- Avtalsområde 3:E Industriteknik och teknik = 1 800 individer per läsår, 200 helårsplatser i ordinarie utbildning 2019
- Avtalsområde 3:F Handel och administration samt Hotell och turism
 - Yrkesutbildning Handel och administration = 2 600 individer per läsår, 300 helårsplatser i ordinarie utbildning 2019
 - Yrkesutbildning Hotell och turism = 200 individer per läsår, 25 helårsplatser i ordinarie utbildning 2019
- Avtalsområde 3:G Hantverk = 1 300 individer per läsår, 200 helårsplatser i ordinarie utbildning 2019
- Avtalsområde 3:H Vård och omsorg = 10 500 individer per läsår, 1 550 helårsplatser i ordinarie utbildning 2019
- Avtalsområde 3:I Naturbruk, inom trädgård = 50 individer per läsår, 10 helårsplatser i ordinarie utbildning 2019

Kluster 4 Intensiva studier i Sfi och svenska som andra språk samt teoretiska kurser på gymnasial nivå

- Avtalsområde 4:A Intensiva studier i Sfi och svenska som andra språk (Sfi studieväg 3 - svenska som andra språk 3) = 6 500 individer per läsår
- Avtalsområde 4:B Teoretiska kurser på gymnasial nivå = 20 000 individer per läsår

Av upphandlingsdokumentet punkt 1.4.5 framgår hur många leverantörer som avtal avses att tecknas med för varje avtalsområde. Såvitt framkommit redovisas uppgifter om de fasta priser som kommer att tillämpas för varje avtalsområde i bilaga till förfrågningsunderlaget.

Enligt förvaltningsrättens mening har det inte framkommit annat än att Staden, så långt det varit möjligt, har gjort en uppskattning av de olika avtalens volym och värde och att det är denna bedömning som har redovisats i upphandlingsdokumenten. De angivna volymerna får enligt förvaltningsrättens mening uppfattas som den maximala kvantitet som kan komma att upphandlas utifrån varje avtalsområde. Förvaltningsrätten bedömer att Staden, genom den redovisning som gjorts avseende upphandlingens omfattning, har lämnat tillräckliga uppgifter om kvantitet och värde och att upphandlingsdokumenten således inte brister i transparens i detta avseende. Inte heller kan likabehandlingsprincipen anses ha trätts för när. Vad Iris har anfört om att det saknas en garanterad volym förändrar inte bedömningen. Enligt förvaltningsrättens mening kan Iris inte heller anses ha gjort sannolikt att den påstådda bristen i transparens kunnat leda till skada för bolaget. Det saknas således skäl för ingripande med anledning av vad Iris har anfört i denna del.

Har utvärderingskriterierna erforderlig koppling till kontraktsföremålet?

Iris har gjort gällande att tilldelningskriteriet *Ökad genomströmning i utbildningen* inte är möjligt att utvärdera på ett likabehandlande sätt, eftersom det för olika anbudsområden föreligger olika förutsättningar för att genomföra utbildningen. Bolaget menar vidare att utvärderingskriteriet saknar koppling till både kontraktsföremålet och fullgörandet av kontraktet och att det är oklart hur kriteriet ska bedömas. Enligt förvaltningsrättens mening har det dock inte framkommit annat än att det aktuella tilldelningskriteriet går att bedöma utifrån samma förutsättningar oavsett på vilket sätt utbildningen genomförs. I upphandlingsdokumenten får det vidare på ett tillräckligt tydligt sätt anses ha angetts vad Staden tillmäter betydelse vid utvärderingen och hur poängsättning kommer att ske. Mot bakgrund härav anser förvaltningsrätten att bedömningsgrunderna inte kan anses ha utformats i strid med principerna om transparens och likabehandling. Förvaltningsrätten anser vidare att det aktuella tilldelningskriteriet har koppling till det som ska upphandlas. Vad Iris har anfört medför inte en annan bedömning. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt LOU med anledning av vad Iris har anfört i denna del.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att det inte har framkommit skäl för ingripande enligt LOU, varför ansökan ska avslås. Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 16 augusti 2019 upphör därmed att gälla i sin helhet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Johan Lundmark
Chefsrådman

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 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.