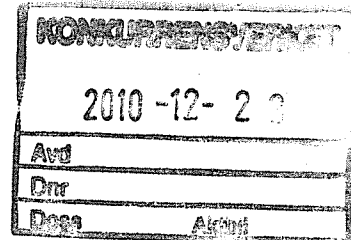




SÖKANDE

Bemannia AB, 556626-8347
Sveavägen 155
113 46 Stockholm

Ombud: Staffan Bruzelius och Amar Al-Djaber
Adress som ovan



MOTPART

Arbetsförmedlingen, 202100-2114
Avd Kompletterande aktörer
113 99 Stockholm

SAKEN

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

BESLUT

Förvaltningsrätten avvisar ansökan om ingripande enligt LOU.

BAKGRUND

Arbetsförmedlingen meddelade i pressmeddelande den 6 november 2009 att myndigheten den 13 oktober 2009 fattat beslut om att inte utnyttja möjligheten att förlänga då pågående avtal med externa jobbcoacher efter den 30 juni 2010. I pressmeddelandet angavs vidare att Arbetsförmedlingen hade för avsikt att gå ut med en ny upphandling samt att förberedelser för ett nytt upphandlingsförfarande hade påbörjats och att publicering av förfrågningsunderlaget preliminärt beräknades ske i början av 2010.

I pressmeddelande den 18 juni 2010 meddelade Arbetsförmedlingen att myndigheten beslutat att avtalen med de externa jobbcoacherna skulle förlängas från och med den 1 december 2010 till och med den 31 december 2011.

YRKANDEN M.M.

Bemannia AB (Bemannia) yrkar, i en till förvaltningsrätten ingiven ansökan om överprövning, att Arbetsförmedlingens beslut att avbryta upphandlingen ska ogiltigförklaras samt att förvaltningsrätten ska förordna att Arbetsförmedlingen ska slutföra upphandlingen enligt det tidigare beslutet som offentliggjordes den 6 november 2009.

Arbetsförmedlingen bestrider bifall till ansökan om överprövning och yrkar att ansökan avvisas.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Bemannia har utvecklat grunderna för sin talan genom att anföra i huvudsak följande. I ett offentligt beslut som publicerades på Arbetsförmedlingens hemsida den 6 november 2009 beslutade myndigheten att påbörja en ny upphandling av jobbcoacher. Arbetsförmedlingen påpekade att myndig-

heten inte avsåg att nyttja sin rätt att förlänga befintliga avtal och att myndigheten istället skulle gå ut med en ny upphandling med tydligt specificerade tjänster. Vidare angavs att Arbetsförmedlingen avsåg att i större grad införa kvalitetsindikationer i upphandlingen. Detta för att försäkra att deltagare inom jobbcoachningen ska få relevant stöd och service av de kompletterande aktörerna. I denna del hänvisas också till att Jobbnytt – jobbcoacher, så sent som i vecka 9 år 2010, bekräftade att Arbetsförmedlingen fortfarande var i färd med arbetet med utformningen av förfrågningsunderlaget. Myndigheten anger även i pressmeddelandet att "Förberedelse för ett nytt upphandlingsförfarande har påbörjats. Publiceringen av förfrågningsunderlaget beräknas preliminärt att ske i början av 2010."

Bemannia anser att beslutet som offentliggjordes på hemsidan och som sedermera publicerades på ett stort antal presstjänster och de uttalanden som ledningen för Arbetsförmedlingen gjort i media innebär att beslut att inleda en offentlig upphandling är fastställt och att detta är att likställa med en påbörjad upphandling. I pressmeddelandet och i den information som gått ut till presumtiva anbudslämnare har Arbetsförmedlingen uppgett att förfrågningsunderlaget varit under arbete och att publiceringen av förfrågningsunderlaget skulle ske om några månader.

Bemannia anser att det inte föreligger några sakliga skäl för avbrytande av upphandlingen efter det att beslut fattats om att påbörja en offentlig upphandling inom jobbcoach. Några skäl för varför Arbetsförmedlingen nu väljer att inte publicera påbörjad upphandling framgår inte av beslutet om att avbryta upphandlingen.

EG-domstolen har genom en dom fastställt att andra beslut än själva tilldelningsbeslutet går att pröva rättsligt. Frågan som ställdes till EG-domstolen i målet var om medlemstaterna är tvungna att införa sanktionsystem för beslut fattade av upphandlande enheter (myndigheter) före en

formell anbudsinfordran. Som exempel på beslut som kan tas innan en formell anbudsinfordran är beslut om att inte infordra anbud, otillåtna direktupphandlingar men även beslut om att avbryta en upphandling före annonseringen av själva förfrågningsunderlaget. Domstolen fann att det åläggs medlemsstaterna en skyldighet att säkerställa möjlighet till en skyndsamt och effektiv rättslig prövning av en upphandlande myndighets beslut omfattande varje sådant beslut som faller under de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling och som kan innebära ett åsidosättande av dessa. I domen framgår att möjligheten till en prövning inte endast gäller formella beslut utan även beslut som fattats utanför ett formellt upphandlingsförfarande och före själva anbudsinfordran, se EG-domstolens dom i mål C-92/00 (HI) samt NOU:s Nyhetsbrev mars 1-05 (dnr 2005/0054-21). Domstolen likställer således ett beslut att inte inleda ett upphandlingsförfarande med ett beslut att avsluta en påbörjad upphandling, där domstolen tidigare uttalat att sådana beslut ska kunna överprövas. I domen konstateras att beslutet att inleda en offentlig upphandling avsåg ett sådant beslut som ska gå att prövas rättsligt. Detta innebär att samtliga beslut efter tidpunkten från inledandet av en offentlig upphandling ska kunna prövas rättsligt.

Överprövning kan inte göras av åtgärder som inte har någon rättslig verkan, t.ex. åtgärder som endast utgör en förstudie eller som är rent förberedande och som ryms inom ramen för en upphandlande enhets interna överväganden med sikte på en offentlig upphandling. Dock har domstolen i mål C-92/00 konstaterat att beslut som avser om upphandlingslagstiftningen ska tillämpas eller inte utgör det allra första beslutet som kan överprövas. Detta betyder att samtliga andra beslut som påverkar en eventuell tilldelning av kontrakt som efterföljer det första beslutet går att överpröva.

Möjligheten att begära överprövning får enligt EG-domstolen inte vara beroende av om upphandlingsförfarandet formellt har nått ett visst stadium

eftersom ett beslut att genomföra en upphandling utan att följa upphandlingslagstiftningen i så fall inte skulle kunna prövas då någon upphandling aldrig formellt påbörjas. Att tillämpa upphandlingsreglerna eller inte skulle annars bli valfritt för de upphandlande enheterna/myndigheterna. Av EG-domstolens ovan refererade dom framgår att alla beslut som, oavsett när de fattas, kan påverka tilldelningen av ett kontrakt ska kunna prövas i en rättsprocess enligt 16 kap. LOU.

I svensk rätt anses en upphandling vara påbörjad vid det stadium då den upphandlande myndigheten beslutar om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas. Ett sådant beslut fattas vanligtvis lång tid innan en myndighet utformar själva förfrågningsunderlaget och innan publiceringen av denna (jämför med övergångsbestämmelserna till nya LOU där tidpunkten för när en upphandling påbörjas fastställs, se prop. 2009/10:180 s. 310).

Enligt stadgad praxis kan avbrytande av en upphandling bli föremål för rättslig prövning. Vid avbrytande av en upphandling ska den upphandlande myndigheten redovisa att sakliga skäl föreligger. EG-domstolen har i mål C92/00 slagit fast att även ett beslut att avbryta en upphandling omfattas av rättsmedelsdirektiven (som ju ligger till grund för regleringen om överprövning och skadestånd) och måste kunna bli föremål för prövning.

Efter EG-domstolens avgörande har Regeringsrätten konstaterat att ett avbrytande av en upphandling kan bli föremål för överprövning (se RÅ 2005 ref. 62). För svenskt vidkommande har i domstolspraxis upphandlande enheter ansetts få avbryta upphandlingar om de kunnat påvisa sakliga skäl för detta, en ståndpunkt som Nämnden för offentlig upphandling ursprungligen förefaller ha tagit i frågan (jämför ärende 1999/0077-21).

Bemannia har genom kvalitativt arbete och satsningar på coachningsverksamhet uppnått tydliga resultat avseende tjänster inom jobbcoachning.

Bemannia riskerar att åstadkommas stor skada om den pågående upphandlingen avbryts då Bemannia utesluts från marknaden i ytterligare ett år.

Arbetsförmedlingen har utvecklat grunderna för sitt bestridande genom att i huvudsak anföra följande. En upphandling anses påbörjad när den upphandlande myndigheten eller enheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten eller enheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud (prop. 2006/07:128 s. 447 och prop. 2009/10:180 s. 310). För att en upphandling ska anses påbörjad krävs således att någon konkret åtgärd, motsvarande anbudsinfordran, är vidtagen som medför att presumtiva anbudsgivare kan förlita sig på att en upphandling faktiskt kommer att slutföras. I det mål Bemannia hänvisar till (EG-domstolens mål C-92/00) hade myndigheten redan publicerat en anbudsinfordran vilken därefter återkallades. Upphandlingen hade således påbörjats men avbröts innan tidsfristen gått ut. Denna situation skiljer sig helt från den nu aktuella då Arbetsförmedlingen aldrig påbörjat någon upphandling.

Arbetsförmedlingen har varken beslutat vilket förfarande som ska tillämpas vid en eventuell upphandling av jobbcoacher, genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud eller i övrigt agerat på sådant sätt att Arbetsförmedlingen kan anses ha påbörjat någon upphandling av tjänsten jobbcoacher. Något beslut om att avbryta en sådan upphandling har följaktligen inte heller fattats.

I sin ansökan påstår Bemannia att Arbetsförmedlingen den 6 november 2009 publicerat ett beslut att påbörja en ny upphandling av jobbcoacher. Detta datum publicerades ett pressmeddelande av vilket det framgår att Arbetsförmedlingen kommer att göra en ny upphandling och att förberedelser för ett nytt upphandlingsförfarande hade påbörjats. Meddelandet är således endast ett pressmeddelande där Arbetsförmedlingen informerar om

avsikten att i framtiden påbörja en upphandling. Det är inte något formellt beslut att påbörja en upphandling eller beslut om vilket upphandlingsförfarande som i så fall skulle användas.

I ”Jobbnytt nr 2/2010” anges inte heller att någon ny upphandling påbörjats, utan att förberedelser för ett nytt upphandlingsförfarande har påbörjats och att Arbetsförmedlingen, om lagförslaget om ny lag om valfrihet hos Arbetsförmedlingen träder i kraft, överväger att använda ett valfrihetssystem vid upphandlingen av jobbcoacher.

Det som Bemannia beskriver som ett beslut att avbryta upphandlingen är även det ett pressmeddelande från den 18 juni 2010. I detta informerar Arbetsförmedlingen endast om sitt beslut att förlänga redan tecknade avtal ytterligare. Det är således inte ett beslut om att avbryta en påbörjad upphandling.

Då något upphandlingsförfarande inte påbörjats ska ansökan om överprövning avvisas. Skulle förvaltningsrätten finna att en upphandling av jobbcoacher har påbörjats har Arbetsförmedlingen i vart fall inte fattat beslut om att avbryta denna.

Bemannia har genmält i huvudsak följande. Enligt EG-rätten anses en upphandling vara påbörjad innan en anbudsinfördran publicerats. I dom från EG-rätten i mål C-26/03(Stadt Halle) fastställer förstainstansen att medlemsstaternas skyldighet att säkerställa möjligheter till effektiv och skyndsamt rättslig prövning av den upphandlande myndighetens beslut även omfattar beslut som fattats utanför ett formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfördran. Vidare fastställs att möjligheten att ansöka om överprövning tillkommer var och en som har eller har haft intresse av att tilldelas ett visst offentligt kontrakt och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse, från den tidpunkt då den upphandl-

ande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan. Medlemstaterna har följaktligen inte rätt att låta möjligheten att ansöka om överprövning bero på om det aktuella upphandlingsförfarandet formellt har nått ett bestämt stadium. Vidare konstateras det i domen att – med hänsyn till rättspraxis, liksom till syftena med EG-direktiv, dess ordalydelse och systematik, och för att upprätthålla direktivets ändamålsenliga verkan – slutsatsen blir att varje åtgärd som vidtas av en upphandlande myndighet i samband med en offentlig upphandling av tjänster som faller inom det materiella tillämpningsområdet för direktiv och som kan ha rättslig verkan utgör ett beslut som kan bli föremål för överprövning oberoende av om denna åtgärd vidtas inom ramen för ett formellt upphandlingsförfarande eller inte. Enligt ovan nämnda dom framgår att Arbetsförmedlingens uttryckta vilja genom ett fastställt beslut den 13 oktober 2009 samt pressmeddelande och publicering av förhandsinformation om den ”planerade” upphandlingen ska medföra en rättsverkan trots att förfrågningsunderlaget ännu inte publicerats. Den upphandlande myndigheten har genom sitt agerande visat att upphandlingen har påbörjats och att förfrågningsunderlaget varit under utformning under en period mellan oktober 2009 och mars 2010. Enligt gällande rätt är detta förfarande att likställa med en påbörjad upphandling enligt propositionen samt EG-rätten.

Det framkommer tydligt av beslutet den 13 oktober 2009 att myndigheten har fattat beslut om att inleda en offentlig upphandling. Skulle förvaltningsrätten finna att Arbetsförmedlingen inte fastställt något upphandlingsförfarande utgör detta ändå inte grund för en annan tolkning än att upphandlingen ändå påbörjats. Detta med hänvisning till EU-domstolens dom i mål C-26/03 enligt vilken ett beslut om inledande av en upphandling inte nödvändigtvis föranleder val av upphandlingsförfarande.

SKÅL FÖR BESLUT

Beslut att avbryta en påbörjad upphandling är ett sådant beslut som kan överprövas enligt LOU. Prövningen därvid avser huruvida den upphandlande myndigheten haft sakliga skål för att avbryta upphandlingen. En förutsättning för att ett beslut att avbryta en upphandling ska kunna överprövas är att det har inletts ett upphandlingsförfarande på det sätt som avses i LOU och direktiv 2004/18/EG (upphandlingsdirektivet). I enlighet med förarbetsuttalanden (se prop. 2006/07:128 s. 447 och 568 samt prop. 2009/10:180 s. 310) ska en upphandling anses påbörjad när den upphandlande myndigheten eller enheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten eller enheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud.

Arbetsförmedlingen har anfört att något beslut avseende upphandlingsförfarande inte har fattats och att upphandlingen inte har annonserats. Bemannia har inte visat något annat. Förvaltningsrätten konstaterar därmed att det i målet inte framkommit att Arbetsförmedlingen fattat ett beslut vari myndigheten valt förfarande för upphandlingen. Arbetsförmedlingen kan inte heller, utifrån vad som anförts i målet, anses ha vidtagit sådana åtgärder som medför att myndigheten implicit valt förfarande eller inverkat på LOU:s eller upphandlingsdirektivets tillämplighet. Således har – formellt sett – ett upphandlingsförfarande inte inletts. Därmed kan Arbetsförmedlingens beslut inte överprövas på denna grund.

Bemannia har vidare anfört att Arbetsförmedlingens beslut att inte upphandla de aktuella tjänsterna på nytt och istället förlänga existerande avtal ändå kan prövas med hänvisning till att även beslut fattade utanför ett formellt upphandlingsförfarande kan bli föremål för överprövning.

Enligt förvaltningsrättens mening måste bedömningen av en sådan möjlighet vara beroende av åtgärdernas eller beslutens beskaffenhet. I det av Bemannia åberopade rättsfallet C-26/03 (Stadt Halle) var fråga om ett beslut att tilldela ett kontrakt helt utanför ett formellt upphandlingsförfarande. Ett sådant beslut torde regelmässigt kunna bli föremål för överprövning oaktat om ett formellt upphandlingsförfarande inletts eller inte. I målet nu aktuella beslut får dock anses ha ett närmare samband med myndighetens interna överväganden avseende vilka behov som finns och vad som ska upphandlas, än med hur eller om det ska upphandlas. Enligt förvaltningsrätten är ifrågavarande beslut därför inte av jämförbar art med det beslut som var föremål för prövning i EG-domstolens mål C-26/03 (Stadt Halle). Därmed saknas också möjlighet att på denna grund överpröva Arbetsförmedlingens beslut.

Bemannias ansökan om överprövning ska mot bakgrund av det anförda därför avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv3109/1A).

Sofia Hällgren
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Mathias L. Jansson