



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM
2018-03-20
Meddelad i Stockholm

Mål nr
16647-17

SÖKANDE

Humanus Utbildning Syd AB, 556508-1188

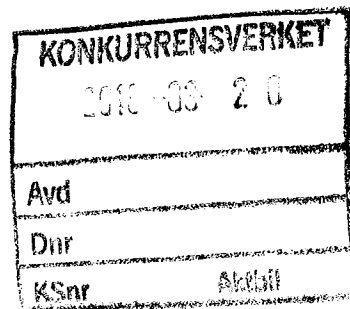
Ombud: Mikael Rendahl
Upphandlingsjuristen i Sverige AB
131 28 Nacka strand

MOTPART

Arbetsförmedlingen
113 99 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Arbetsförmedlingens yrkande om avvisning.

Förvaltningsrätten avslår Humanus Utbildning Syd AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 932627

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

BAKGRUND

Arbetsförmedlingen har genomfört en nationell upphandling avseende ”Yrkes- och studieförberedande moduler”, Af-2017-0008 5697, (upphandlingen). Upphandlingen har genomförts med ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Upphandlingen är uppdelad på 70 geografiska leveransområden. Anbudsgivarna har haft möjlighet att lämna anbud på ett eller flera leveransområden. Humanus Utbildning Syd AB (Humanus) har lämnat anbud på 19 leveransområden.

Som utvärderingsgrund har angetts bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Utvärderingen har skett utifrån en mervärdesmodell där ett ekonomiskt mervärde har åsatts kvalitetskriterier avseende kompetensnivån hos tre nyckelpersoner i den personalresurs som anbudsgivaren avser tillhandahålla för uppdraget. Erhållet mervärde har därefter dragits från anbudsgivarens anbudspris. Resultatet – ett jämförelsepris – har legat till grund för beslut om tilldelning. Tilldelningsbeslut meddelades den 7 juli 2017 varvid andra anbudsgivare än Humanus tilldelades kontraktet i upphandlingen.

YRKANDEN

Humanus ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att samtliga anbud med ett jämförelsepris under noll (0) kronor ska förkastas. I andra hand yrkar Humanus att upphandlingen ska göras om i sin helhet på samtliga leveransområden.

Arbetsförmedlingen bestrider bifall till ansökan om överprövning. För egen del yrkar Arbetsförmedlingen i första hand att Humanus ansökan ska avvisas vad gäller samtliga leveransområden utom områdena Borås, Göteborg, Halmstad, Karlshamn, Malmö, Ronneby och Växjö. I andra hand yr-

kar Arbetsförmedlingen att Humanus ansökan om överprövning ska avslås i sin helhet.

Humanus bestrider bifall till Arbetsförmedlingens yrkanden.

VAD PARTERNA ANFÖR

Till stöd för sin talan anför **Humanus** bl.a. följande.

Allmänt

Humanus ansökan om överprövning avser samtliga leveransområden i upphandlingen. Arbetsförmedlingens avvisningsyrkande saknar rättslig grund.

Arbetsförmedlingen har inte begärt in en förklaring till och förkastat samtliga anbud med ett jämförelsepris under noll kr. Arbetsförmedlingen har därmed brutit mot 19 kap. 27 § LOU och likabehandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LOU.

Arbetsförmedlingen har genom sitt sätt att genomföra upphandlingen i praktiken valt ”pris” och inte ”bästa förhållandet mellan pris och kvalitet” som utvärderingsgrund. Arbetsförmedlingen har därmed brutit mot LOU.

Kraven i punkt 1.4.5.1 *Administrativ samordnare* och i punkt 1.4.4.2 *Lärartäthet* i förfrågningsunderlaget i är otydliga och lämnar stort utrymme för anbudsgivarna att göra egna tolkningar. Arbetsförmedlingen har därmed brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens i 4 kap. 1 § LOU.

På grund av de påtalade bristerna anser sig Humanus lida skada eller i vart fall riskera att lida skada.

Talerätt

Som framgår redan av ordalydelsen i 20 kap. 4 § LOU är det vad leverantören anser gällande skada som är avgörande för huruvida ansökan ska tas upp till prövning. Med hänsyn till att Humanus deltagit i upphandlingen får det anses klarlagt att bolaget är leverantör. Humanus anser sig lida skada eller i vart fall riskera att lida skada av de påtalade bristerna. Vad Arbetsförmedlingen har för skäl och syfte med att dela upp upphandlingen i flera delar och hur detta har gjorts förändrar inte på något sätt bedömningen av sakfrågorna i målet.

Humanus har framfört invändningar mot utvärderingsmodellen och förfrågningsunderlaget. Dessa omständigheter är sådana som typiskt sett inte går att rätta utan att upphandlingen görs om. För det fall förvaltningsrätten skulle besluta att upphandlingen ska göras om kan Arbetsförmedlingen komma att göra en upphandling med nya förtydliganden samt andra krav och förutsättningar vilket kan innebära att bolaget väljer att lämna anbud på fler eller andra leveransområden. De 19 leveransområden som bolaget lämnat anbud på har valts utifrån förutsättningarna i den aktuella upphandlingen. Humanus riskerar att lida skada om kontrakt ingås för övriga leveransområden, då bolaget i sådana fall går miste om möjligheten att konkurrera om avtal på dessa leveransområden i t.ex. en ny upphandling.

Onormalt låga anbud

Arbetsförmedlingen har begärt in en förklaring till onormalt låga priser av tolv anbudsgivare, omfattande 129 offerter. Det är inte tydligt på vilka grunder Arbetsförmedlingen har begärt in förklaringar till onormalt låga priser. Arbetsförmedlingen har inte heller redogjort för hur myndigheten gått till väga för att kontrollera om anbudspriserna är onormalt låga. Myndigheten har därmed inte uppfyllt sina skyldigheter enligt 19 kap. 27 §

LOU. Arbetsförmedlingen har i sin kalkyl inte beaktat några kostnader för administrativ samordnare avseende målgrupp 2. För målgrupp 1 har Arbetsförmedlingen räknat med en samordnare på endast 20 procent. Vidare har Arbetsförmedlingen i sin kalkyl inte med någon kostnad för pedagogiskt ansvarig studie- och yrkesvägledare (SYV). Humanus har i sin kalkyl samt vid beräkningen av anbudspriset tagit hänsyn till lönekostnader för nämnda personer, dvs. 50 procent administrativ samordnare och 30 procent pedagogiskt ansvarig SYV för varje leveransområde. Arbetsförmedlingens uppfattning är att det är myndigheten som ensidigt bedömer vad som är ett onormalt lågt anbudspris och huruvida en förklaring är godtagbar eller inte. Arbetsförmedlingens uppfattning går emot hela syftet med LOU-regleringen som innebär att Arbetsförmedlingen är skyldig att förkasta ett onormalt lågt anbud.

Enligt Humanus noggranna kalkyler är det absolut lägsta jämförelsepriset noll kronor. Arbetsförmedlingen borde därför ha begärt in en förklaring från samtliga anbudsgivare med ett jämförelsepris under noll kr. Samtliga anbud med ett jämförelsepris under noll kronor borde också ha förkastats då det inte är möjligt att genomföra leveranserna utan förlust med ett lägre jämförelsepris än noll kronor.

Arbetsförmedlingen har godtagit anbudsgivare som på anmodan inte har lämnat en tillfredställande förklaring. Arbetsförmedlingen har vad gäller andra anbudsgivare med ett jämförelsepris under noll kronor inte ens begärt in en förklaring. I de fall då någon förklaring inte har begärts in bör rättelse först och främst göras genom att dessa anbudsgivare föreläggs att komma in med en sådan förklaring.

Redan det faktum att jämförelsepriserna hamnar på minus indikerar att det är fråga om onormalt låga priser. Det skiljer ca 30 procent mellan Humanus anbudspris och vinnande leverantörs anbudspris, vilket är en mycket stor

skillnad i dessa sammanhang. Att anbudsgivarnas kalkyler skiljer sig något åt är naturligt, då ett par procents skillnader i löner och lokaler förkommer. Men en skillnad på 30 procent är inte en naturlig skillnad när det främst handlar om personalkostnader i ett yrke där det råder brist på arbetskraft. Humanus kalkyler grundas på anbudspriset och det är detta pris som bolaget anser är onormalt lågt.

I de fall där Arbetsförmedlingen har begärt in en förklaring har myndigheten accepterat anbudsgivare som inte på ett tillfredsställande sätt förklarat sina låga priser. Arbetsförmedlingen har bl.a. tilldelat avtalen i upphandlingen till anbudsgivare som tillhör koncerner och som hävdat koncernfördelar som förklaring till sina låga priser. Därmed har Arbetsförmedlingen omöjliggjort för leverantörer som inte har dessa möjligheter att konkurrera på lika villkor. Arbetsförmedlingen har inte konkretiserat varför vissa anbudsgivares förklaringar har godtagits medan vissa inte har godtagits. Arbetsförmedlingens bedömningar saknar fasta hållpunkter och har utförts på rent subjektiva grunder.

Hermods AB (Hermods) och AcadeMedia Eductus AB (AcadeMedia) ingår i AcadeMedia-koncernen och har lämnat liknande förklaringar till sina låga anbud. Förklaringarna berör inte hur tjänsteleveransen ska genomföras med i förfrågningsunderlaget krävd kvalitet (t.ex. behöriga lärare). Fokus ligger i stället på spekulationer kring högre volymer än beräknat i förfrågningsunderlaget, lägre löner, smartare schemaläggning och stordriftsfördelar (lokaler, IT och HR-funktion). AcadeMedia förklarar sina låga anbudspriser på ett svepande sätt och utan att konkretisera vilka konsekvenser argumenten har för de upphandlade tjänsterna.

I leveransområdena Malmö och Göteborg har man begärt förklaringar från Aspero Kompetens AB (Aspero) men inte från Lernia Utbildning AB (Lernia), trots att Lernia har ett lägre pris än Aspero. Asperos enda svar som

relaterar till personalkostnaden är att de kommer att erbjuda marknadsmässiga priser samt rekrytera lokalt och under svenska förhållanden. Det Aspero har anfört gäller för samtliga anbudsgivare och kan på intet sätt förklara det låga priset. Aspero har dessutom bifogat ett intyg som på intet sätt garanterar ett tillskott av kapital. OCCELUS Information Systems AB (Ocellus) har på frågan om onormalt lågt anbud svarat att man utgått från tidigare vunna upphandlingars prissättning och valt att lägga sig strax under. Vad bolaget har underlåtit att säga är att denna prissättning berättigade till full ersättning även om deltagaren endast gick deltid. Arbetsförmedlingen har haft kunskap om detta varför myndigheten inte borde ha accepterat detta svar. Work for you AB (Work for you) hänvisar till att man kan sänka kostnader genom att behålla personal, men i exempelvis Göteborg och Malmö har bolaget uppdrag som omfattar en helt annan personalgrupp. Folkuniversitetet hänvisar till lägre löner som de har i rekryteringar som de nyligen gjort. Dessa löner torde dock inte räcka då aktuell tjänst omfattar personal som är svår att finna och därför de senaste åren har fått kraftigt höjda löner. Folkuniversitetet hänvisar vidare till att lokalerna samordnas med andra verksamheter vilket borde vara svårt då den aktuella verksamheten kräver stora specialanpassade lokaler som kommer att ha full beläggning. Folkuniversitetet hänvisar också bl.a. till att de inte är vinstdrivande, men självklart måste denna typ av verksamhet bära sina egna kostnader även hos Folkuniversitetet. Montico Kompetensutveckling AB (Montico) hänvisar, liksom flera andra anbudsgivare, till sina genomsnittliga löner. I aktuell upphandling är personalkraven höga vilket innebär höga löner som inte kan jämföras med ett snitt som dras ner av ”billigare” arbetskraft som administratörer, obehöriga lärare m.m.

De olika förklaringarna är allmängiltiga och går att tillämpa på vilken anbudsgivare och vilken upphandling som helst. Att endast i svepande ordalag säga att man håller ner vissa kostnader såsom löner, rekryteringskostnader,

lokalkostnader och IT-kostnader torde inte vara något som utmärker en specifik leverantör utan det får anses vara ett inslag i alla affärsmässiga företag på marknaden. Vissa anbudsgivare spekulerar i andra volymer än vad Arbetsförmedlingen räknat med. En sådan förklaring kan inte godtas redan av det faktum att det inte framgår hur uppdraget ska genomföras för de fall dessa antaganden inte blir verklighet. Vidare räknar vissa anbudsgivare med lägre lönekostnader. Det framgår dock inte hur detta ska uppnås i en bransch där det är allmänt känt att det råder mycket stor brist på bl.a. lärare.

Det är inte möjligt att till de priser som de ifrågasatta anbudsgivarna har offererat tillhandahålla de aktuella tjänsterna till de villkor och förutsättningar som anges i förfrågningsunderlaget. Enbart kostnaden för personal överstiger den intäkt som leverantörerna kommer att få från Arbetsförmedlingen. Kostnaden för t.ex. lärare är ofrånkomlig och går inte att komma runt utan att avvika från ställda krav i förfrågningsunderlaget. Om man sedan lägger till lokalkostnader, övriga kostnader och overheadkostnader kommer leverantörerna att göra betydande förluster på flera miljoner kronor per delområde. Detta framgår av bolagets kalkyl.

Humanus vill påpeka att alla anbudsgivare befinner sig i likartade situationer och har likartade förutsättningar att lämna ett konkurrenskraftigt anbud, eftersom lönekostnaden är den stora kostnaden och det råder lärarbrist i hela landet. Arbetsförmedlingen har inte konkretiserat vad de skilda förutsättningarna skulle bestå i. Kraven i förfrågningsunderlaget är så pass specifika att anbudsgivarnas "egna förutsättningar" endast ger ett litet utrymme för prispressande åtgärder. De viktigaste delarna i förfrågningsunderlaget som är av intresse för en ekonomisk kalkyl är lärartäthet/personaltäthet och kompetenskrav på behöriga lärare, övriga lärare, administrativ samordnare och pedagogiskt ansvarig studie- och yrkesvägledare. De bruttomånadslöner som bolaget kalkylerat med kan jämföras med SCB:s statistik över medellöner för 2016. Mot bakgrund av att alla anbudsgivare har erhållit högsta mer-

värde och därmed utlovat kvalificerad och erfaren personal torde bolagets kalkylerade löner närmast betraktas som minimilöner i kalkylarbetet. Uppdragets art är mycket omfattande så att spekulera i annat än nationella medellöner är inte seriöst.

Utöver personalkostnader tillkommer lokalkostnader, övriga projektkostnader (material, IT m.m.) samt overheadkostnader. För dessa kostnader kan bolagen ha något olika förutsättningar men kostnaderna utgör en mindre del av den totala kostnadsbudgeten. Bolagets kalkyler ger personalkostnader om 75–80 procent av den totala kostnadsbudgeten. Med anledning av det anförda är skalbarhet och stordriftsfördelar i stort sett omöjliga att räkna hem.

Om Arbetsförmedlingen rätteligen hade förkastat samtliga anbud med ett jämförelsepris under noll kronor hade Humanus erhållit kontrakt på sju leveransområden, varför bolaget har lidit ekonomisk skada.

Utvärderingsmodellen och förfrågningsunderlaget

Arbetsförmedlingen har genom sitt sätt att genomföra upphandlingen i praktiken valt ”pris” och inte ”bästa förhållandet mellan pris och kvalitet” som utvärderingsgrund. Samtliga anbudsgivare har valt den högsta kompetensnivån och erhållit maximalt mervärde. Det har under ”Frågor och svar” ställts en rad frågor kring avtalstecknande, avtalsefterlevnad och viten då det har varit tydligt från början att det varit helt nödvändigt att välja den högsta kompetensnivån för att ha någon möjlighet att kunna få tilldelning. Arbetsförmedlingen har därmed brutit mot LOU.

Humanus har tagit del av alla ”Frågor och svar”. Arbetsförmedlingen svarar i vissa fall väldigt svävande och anger ibland motstridig information. Det har dessutom funnits en begränsning avseende hur länge det går att ställa frågor. Det ankommer på Arbetsförmedlingen att i förfrågningsunderlaget

på ett klart och tydligt sätt ange vad som gäller. Det ställdes nästan 100 frågor under anbudstiden, vilket tyder på att förfrågningsunderlaget inte varit klart och tydligt. Det är visserligen korrekt att LOU föreskriver att svar på frågor ska lämnas senast sex dagar före sista anbudsdag. Detta förändrar inte det faktum att det inte funnits möjlighet för bolaget och övriga anbudsgivare att ställa kompletterande frågor utifrån de motstridiga svar som Arbetsförmedlingen har lämnat.

Kraven i punkt *1.4.5.1 Administrativ samordnare* och i punkt *1.4.4.2 Lärartäthet* i förfrågningsunderlaget är otydliga och lämnar stort utrymme för anbudsgivarna att göra egna tolkningar. Hur dessa krav ska uppfattas har varit en avgörande faktor för att bestämma vilket anbudspris som ska offeras. De stora skillnaderna i anbudspriserna visar att anbudsgivarna har tolkat förfrågningsunderlaget på olika sätt. Arbetsförmedlingen har därmed brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens i 4 kap. 1 § LOU. Dessa omständigheter har naturligtvis påverkat bolagets prissättning och därmed utformningen av anbudet. Därför riskerar bolaget att lida skada i den mening som avses i LOU.

Av förfrågningsunderlaget punkten *1.4.4.2* framgår bl.a. att det för målgrupp 1 krävs en lärare för upp till 10 deltagare på hel/deltid, två lärare för 11–20 deltagare på hel/deltid osv. Vidare framgår att det för målgrupp 2 krävs en lärare för 1–15 deltagare på hel/deltid, två lärare för 16–30 deltagare på hel/deltid osv.

I ”Frågor och svar” ställs bl.a. följande fråga (fråga 76): ”*Räknas lärartätheten på antal närvarande deltagare i undervisningen?*”. Som svar på denna fråga anger Arbetsförmedlingen att ”*Lärartätheten räknas per anvisade deltagare.*” Efter en följdfråga (fråga 83) svarar Arbetsförmedlingen med några exempel. I samtliga dessa exempel talas det dock om antalet anvisade som deltar i undervisningen. Vidare anges att det ska finnas lärarresurser som

uppfyller kompetenskraven på plats under hela den tid som deltagarna befinner sig i undervisning.

Med anledning av att det i förfrågningsunderlagets punkt 1.4.4.2 enbart talas om att beräkningen görs utifrån antalet deltagare och att det i fråga 76 talas om anvisade deltagare samt att det i fråga 83 talas om anvisade som deltar i undervisningen eller befinner sig i undervisning, råder det oklarhet beträffande hur lärartätheten ska beräknas. Humanus har uppfattat det på så sätt att det är antalet anvisade som räknas, varför antalet som faktiskt deltar i undervisningen saknar betydelse. Förfrågningsunderlaget har dock öppnat upp för olika tolkningar.

Arbetsförmedlingen har inte gett någon relevant förklaring till att Arbetsförmedlingen inte i svaret på fråga 83 fortsätter att konsekvent ange anvisade. Att en person är anvisad till en kurs är inte samma sak som att befinna sig i undervisning. Arbetsförmedlingen har således inte varit konsekvent i sin information till anbudsgivarna. Formuleringen i punkt 1.4.4.2 ger dessutom ingen vägledning när det gäller frågan om det är anvisade som räknas, då det endast talas om deltagare. Med begreppet deltagare åsyftas snarare en person som faktiskt deltar i kursen till skillnad från en person som enbart anvisats att gå kursen. Det kan också te sig naturligt att lärartätheten baseras på antalet deltagare som faktiskt deltar i kursen. Det finns ingen anledning att ha extra lärare närvarande som är ägnade för deltagare som inte befinner sig i undervisningen. Även om det är oklart fram till dess undervisningen startar hur många anvisade som deltar i undervisningen så innebär det inte att förfrågningsunderlaget är tydligt.

Av förfrågningsunderlagets punkt 1.4.5.1. följer att det ska finnas en administrativ samordnare som har som har ett sammanhållande ansvar för varje leveransområde och kan ansvara för maximalt två leveransområden. Vidare anges i kravuppräknigen i samma punkt att i de fall samordnare även är

undervisande pedagog ska även kompetenskrav för pedagog uppfyllas. Humanus har uppfattat den aktuella punkten på så sätt att om den administrativa samordnaren är samordnare för två leveransområden kan denne inte samtidigt vara pedagog. Men om samordnaren enbart är samordnare för ett leveransområde kan denne vara pedagog på 50 procent. Det kan dock förhålla sig så att vissa anbudsgivare har tolkat det på så sätt att samma person kan vara samordnare för två leveransområden och samtidigt vara t.ex. pedagog på heltid eller deltid. Även detta kan vara en förklaring till de stora pris-skillnaderna.

Gällande kravet på administrativ samordnare ger inte Arbetsförmedlingens svar på fråga nr 86 någon klarhet i huruvida punkt *1.4.5.1* ska tolkas på det sätt som Humanus har gjort. I svaret på fråga 86 ger Arbetsförmedlingen endast information om samordnarens ansvar och uppger att omfattningen i tid sannolikt kommer att variera mellan de olika leveransområdena. Om detta svar innebär att samordnaren t.ex. också samtidigt kan vara pedagog på 100 procent är emellertid fortfarande högst oklart.

Att anbudsgivarna har lämnat anbudspris utifrån sina kalkyler som bygger på egna tolkningar av förfrågningsunderlaget strider mot LOU. De grundläggande principerna om likabehandling och transparens i 4 kap. 1 § LOU innefattar ett krav på att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Av Kamrarrätten i Stockholms dom i mål nr 1636-15 framgår att det strider mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU om förfrågningsunderlaget öppnar upp för olika tolkningar och resulterar i att anbuderna baseras på olika förutsättningar. Formuleringen i förfrågningsunderlaget ger inte uttryck för Arbetsförmedlingens uppfattning att det är upp till anbudsgivarna att avgöra i vilken omfattning som samordnaren kan vara pedagog men att samordnaren inte får vara pedagog på 100 procent.

Till stöd för sin talan anför **Arbetsförmedlingen** bl.a. följande.

Allmänt

För båda yrkandena gäller att myndigheten inte har vidtagit någon åtgärd som är i strid med LOU eller någon av de gemenskapsrättsliga principerna som lagen är grundad på. Humanus har därmed inte lidit eller riskerat att lida skada.

Beträffande förstahandsyrkandet gäller, för det första, att Humanus saknar talerätt på de 51 leveransområden där bolaget inte har lämnat anbud. För det andra kan Humanus inte lida skada när det gäller något av de leveransområden där avvisning yrkas, dels eftersom bolaget inte deltagit i upphandlingen avseende de leveransområdena där det inte lämnat anbud, dels eftersom bolaget på grund av sin rangordning på de leveransområden där det faktiskt har lämnat anbud, inte kan bli vinnare även om deras talan skulle bifallas.

Vad gäller andrahandsyrkandet har Humanus inte visat på vilket sätt det har lidit skada, vare sig på de leveransområden där det faktiskt har lämnat anbud eller på de leveransområden där det inte har lämnat anbud.

Talerätt

Varje leveransområde är en egen upphandling. Ett kontrakt kommer att ingås per leveransområde. Annonseringen bestod av en generell del och 70 specifika upphandlingsdelar. Alternativet till detta upplägg hade varit att genomföra 70 annonseringar med 70 upprepningar av det generella innehållet plus det för varje upphandling unika innehållet. Syftet med att hålla samman dokumentationen är att uppnå effektivitetsvinster.

För att kunna begära överprövning enligt 20 kap. 4 § LOU måste tre rekvisit vara uppfyllda. För det första måste en ansökan lämnas in till förvaltningsrätten. För det andra måste ansökan skickas in av en leverantör som omfattas av leverantörsbegreppet i LOU. För det tredje måste leverantören ha lidit eller kunnat lida skada.

Begreppet leverantör förutsätter att det är fråga om någon som i vart fall har haft för avsikt att lämna anbud i en viss upphandling. Om en leverantör varken har lämnat eller har för avsikt att lämna anbud i den aktuella upphandlingen har leverantören inget intresse av att få kontrakt i upphandlingen. Då Humanus inte har lämnat anbud på 51 leveransområden måste det antas att de heller inte har haft någon avsikt att tilldelas kontrakt på dessa leveransområden. Följaktligen är inte kriterierna för en leverantör i LOU:s mening uppfyllda. Bolaget kan inte heller lida skada. Därför saknar bolaget talerätt för samtliga dessa områden. Vad gäller de 19 leveransområden som Humanus har lämnat anbud på har bolaget endast en teoretisk möjlighet att kunna bli vinnare och tilldelas kontrakt på sju leveransområden under förutsättning att deras yrkande om rättelse vinner bifall. För övriga 12 leveransområden kan bolaget aldrig bli vinnare eftersom det ligger för långt ner i rangordningen efter utvärderingen, även om samtliga anbud med ett jämförelsepris under noll kronor förkasts. Således kan bolaget aldrig lida skada och saknar därmed talerätt även för dessa leveransområden.

Det är uppenbart att bolaget inte har visat eller kunnat konkretisera på vilket sätt det lidit skada. Att det krävs ett visst mått av konkretion för att visa skada framgår av rättsfallet HFD 2013 ref. 53.

Onormalt låga anbud

Humanus har i svepande ordalag hävdad att deras konkurrenters anbud har ett onormalt lågt pris utan att konkretisera på vilka områden eller ens utom undantagsvis vilka andra anbudsgivare det är som, enligt bolagets mening, skulle ha lämnat ett onormalt lågt anbud. Det är ingen tillfällighet att Humanus valt gränsen noll kronor eftersom bolaget själv har ett jämförelsepris på just noll kronor.

Jämförelsepriset är ett resultat av dels offererade priser, dels av det mervärde som erhållits för offererade kompetensnivåer och som i sin tur genererar ett prisavdrag från det lämnade anbudspriset. Att det då kan uppstå negativa jämförelsepriser är inget konstigt i sig. Det är inte förbjudet att lägga ett lågt anbudspris eller ens ett negativt anbudspris, vilket framgår av HFD:s praxis.

Arbetsförmedlingen har gjort egna kalkyler för att bedöma nivån på de lämnade anbudspriserna och huruvida dessa är låga eller inte. För varje leveransområde har Arbetsförmedlingen identifierat misstänkt låga anbud. Det är den upphandlande myndigheten som avgör vilka anbud som är misstänkt låga och kräver en förklaring. Det är den upphandlade myndigheten som avgör om en inlämnad förklaring till lågt anbud innehåller godtagbara förklaringar till offererat pris, om anbudet är seriöst menat och om leverans enligt förfrågan kan förväntas. I vissa fall har också anbudsgivare, vars förklaringar inte varit godtagbara, förkastats. Arbetsförmedlingen har således förfarit på det sätt som avses i 19 kap. 27 § LOU.

Vad Humanus anfört beträffande att alla anbudsgivare befinner sig i likartade situationer vitsordas inte. Alla leveransområden har olika förutsättningar vad gäller förväntade deltagarnivåer, hyresnivå på lokaler, tillgång till personal och dess lönenivåer. Anbudsgivarna har också olika förutsättningar

ekonomiskt och strategiskt för sin anbudsgivning. I Arbetsförmedlingens bedömning av i vilka fall det behövdes en förklaring till lågt pris ingick en sammanvägning av leveransområdets karaktär och dokumentation som presenterats i samband med anbudsgivningen, t.ex. bifogade årsredovisningar, moderbolagsgarantier osv. Även om tillgången till lärare är densamma för samtliga anbudsgivare kan dessa givetvis ha olika lätt att rekrytera lärare till sig och olika ekonomiska ramar att beräkna sitt anbudspris utifrån. Humanuskalkyl kan således inte på något sätt anses vara en korrekt kalkyl som samtliga anbudsgivare har att utgå ifrån utan denna kan endast spegla bolagets förhållanden och överväganden.

Givetvis räknar anbudsgivarna på olika kalkyler i detta avseende beroende på förutsättningar som exempelvis leveransområdets storlek, den kompetens och den arbetskapacitet som deras administrativa samordnare besitter osv. Varje anbudsgivare är fri att lösa uppgiften inom förfrågningsunderlagets ramar. Arbetsförmedlingen har sedan att under leverans följa upp att ställda krav på kompetens och kvalité upprätthålls.

Beträffande Arbetsförmedlingens kalkyl kan det konstateras att aktuell utbildningstjänst riktas till deltagare tillhörande två målgruppsnivåer, dock är det en sammanhållen tjänst. Arbetsförmedlingen har i sin simulering bedömt att den administrativa samordnaren behöver lägga 20 procent av sin arbetstid på samordning. Det har inte funnits anledning att fördela dessa 20 procent på respektive målgruppsnivå. Kostnaden för pedagogisk SYV är inräknad i övrig lärarresurs. I övrigt har kostnaderna beräknats enligt schablon.

Vad gäller Aspero kan det konstateras att även om deras anbud hade förkastats i de leveransområden som sammanfaller med bolagets, så hade inte bolaget kunnat vinna dessa leveransområden. Vad gäller Ocellus har deras anbud förkastats i två av tre leveransområden där bolaget över huvud taget inte har lämnat anbud. Vidare angriper bolaget AcadeMediakoncernen och

de bolag som ingår och som har lämnat anbud i upphandlingen och synes mena att koncernfördelar och strategiskt anbudsarbete generellt skulle vara i strid med likabehandlingsprincipen. Det är ett direkt felaktigt och märkligt sätt av bolaget att resonera på. AcadeMedia och Hermods har lämnat mycket detaljerade och omfattande förklaringar till sina anbudspriser på fem respektive sju sidor som Arbetsförmedlingen funnit rimliga och tillfredställande. Bolaget har inte visat att så inte skulle vara fallet.

Sammantaget har Arbetsförmedlingen på ett helt korrekt sätt i enlighet med LOU bedömt samtliga anbud som lämnats i upphandlingen. Humanus har inte lyckats konkretisera på vilket sätt anbudspriserna kan anses vara för låga.

Utvärderingsmodellen och förfrågningsunderlaget

Mervärdesmodellen har inte använts på ett felaktigt sätt. Tvärtom har modellen använts helt korrekt och fått det utfall som Arbetsförmedlingen önskade sig, nämligen att anbudsgivarna överlag offererat en hög kompetens för de tjänster som ingår. Anbudsgivarna har kunnat välja kompetensnivåer helt fritt när de lagt sina anbud och även gjort detta. Utifrån Humanus yttrande framstår det som att det är Arbetsförmedlingen som har tilldelat alla anbudsgivare samma mervärde, vilket inte är korrekt. Anbudsgivarna har erbjudit en kompetensnivå på sin personal genom att elektroniskt ”kryssa” en nivå där det framgår vilket mervärde som genereras. Detta har varit tydligt i förfrågningsunderlaget. Arbetsförmedlingen har således inte kunnat påverka anbudens mervärden. Arbetsförmedlingen utgår från att en anbudsgivares anbud är seriöst menat och att denne också kalkylerat med den offererade kompetensnivån. Även om merparten av anbudsgivarna har offererat den högsta kompetensnivån och därmed erhållit maximalt mervärde, så gäller det inte samtliga anbudsgivare som bolaget påstår. Ett fåtal anbudsgivare

har offererat en lägre kompetensnivå då de ansett sig inte kunna erbjuda lärare på den högsta nivån.

Arbetsförmedlingen anser att förfrågningsunderlaget inte är otydligt på det sätt som bolaget gör gällande. Inte heller har Arbetsförmedlingen besvarat frågorna i "Frågor och svar" otydligt eller svävande. Därmed har det varit klart för anbudsgivarna vilka utgångspunkter som de har haft att utgå från när de räknat fram sitt anbud. Förfrågningsunderlaget är förenligt med de gemenskapsrättsliga principerna och det saknas således skäl för ingripande mot upphandlingen på grund av otydligheter i förfrågningsunderlaget.

Det ankommer på potentiella anbudsgivare att kontrollera samtliga svar som lämnats under "Frågor och svar". Alla presumtiva anbudsgivare har fått samma information vid samma tidpunkt och det kan inte råda någon oklarhet beträffande hur kraven i punkterna 1.4.4.2 och 1.4.5.1 i förfrågningsunderlaget ska tolkas. Att det finns en begränsning att inkomma med frågor följer av att kompletterande information enligt LOU måste lämnas senast sex dagar innan anbudstiden har gått ut. Att det inkommit 94 frågor kan inte anses anmärkningsvärt på något sätt med hänsyn till att antalet anbudsgivare var 78.

Under fråga 76 har Arbetsförmedlingen lämnat ett tydligt svar om hur lärartätheten ska beräknas. Den skrivning som Humanus hänvisar till under fråga 83, anvisade som deltar i undervisningen, syftar till att exemplifiera hur anbudsgivarna kan fördela lärarresurserna eftersom deltagarna är anvisade på heltid eller anvisade på deltid och hur man kan fördela resurser på för/eftermiddag. Vad bolaget anfört beträffande fråga 83 är oklart. I svaret till frågan hänvisas till antalet anvisade deltagare, vilket är utgångspunkten för beräkningen av lärartätheten. Att utgå ifrån antalet deltagare som faktiskt deltar i undervisningen skulle medföra svårigheter för leverantören att förutse hur många lärare som behövs från en dag till en annan eftersom en

leverantör inte på förhand kan veta om en deltagare till exempel är sjuk en dag eller vilken dag denne sedan åter deltar i utbildningen. I den mån formuleringen i punkt 1.4.4.2 i förfrågningsunderlaget kan anses vara otydlig beträffande om ”deltagare” syftar till en aviserad deltagare eller en som faktiskt deltar i utbildningen, vilket Arbetsförmedlingen bestrider, har detta blivit klarlagt i och med de svar som lämnats till frågorna 76, 83 och 94.

Det framgår av förfrågningsunderlaget att den administrativa samordnaren har ett sammanhållande ansvar och att det får omfatta maximalt två leveransområden. Det stämmer också att om den administrativa samordnaren är undervisande pedagog ska kompetenskraven för pedagog uppfyllas. Beträffande frågan om administrativ samordnare utöver uppdraget som administrativ kan vara pedagog på 100 procent måste det anses vara tydligt att det inte är möjligt oavsett om den administrativa samordnaren ansvarar för ett eller två leveransområden. Arbetsförmedlingen har i sitt svar på fråga 86 tydligt angett att kraven på den administrativa samordnaren är höga och att denne ska säkerställa att tjänsten i sin helhet fungerar och är kvalitetssäkrad. Av den anledningen har Arbetsförmedlingen i förfrågningsunderlaget begränsat antalet leveransområden som en administrativ samordnare kan ansvara för till två. Eftersom omfattningen av den tid som samordnaren behöver lägga ner kan variera mycket beroende på leveransområde kan detta möjliggöra för den administrativa samordnaren att vara pedagog i viss omfattning. Huruvida detta är möjligt får leverantören avgöra utifrån den tid som den administrativa samordnaren måste lägga ned på sitt samordningsansvar för att uppfylla åtagandena i avtalet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Talerätt

Humanus ansökan om överprövning avser samtliga geografiska leveransområden i upphandlingen. Det är ostridigt att Humanus endast har lämnat anbud på 19 leveransområden.

Arbetsförmedlingen har framställt ett avvisningsyrkande och gjort gällande att Humanus saknar talerätt dels i fråga om de 51 leveransområden där bolaget inte har lämnat något anbud, dels i fråga om de 12 leveransområden där bolaget visserligen har lämnat anbud men enligt Arbetsförmedlingen inte kan vinna kontraktet även om bolagets yrkande om rättelse vinner bifall. Humanus har invänt att Arbetsförmedlingens avvisningsyrkande saknar rättslig grund.

Förvaltningsrätten har därmed inledningsvis att pröva i vilken utsträckning Humanus uppfyller förutsättningarna för talerätt.

Utgångspunkter för prövningen av frågan om talerätt

Bestämmelsen i 20 kap. 4 § LOU reglerar talerätten. Enligt den bestämmelsen kan en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kunna komma att lida skada ansöka om överprövning av en upphandling.

Med upphandling avses enligt 1 kap. 2 § LOU de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av kontrakt.

Med leverantör avses enligt 1 kap. 16 § LOU den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader.

Av förarbetena till bestämmelsen om talerätt framgår att ordet leverantör valdes i stället för anbudsgivare och anbudssökande för att omfatta också de som velat vara med i en upphandling, men inte kunnat delta på ett korrekt och i lagen förutsatt sätt (se Ds 1992:62 s. 94 och prop. 1992/93:88 s. 101 och 139). Även en potentiell leverantör kan således ha talerätt. Den omständigheten att en leverantör inte har lämnat anbud i en upphandling utgör inte hinder för att ta upp leverantörens talan till prövning, om det är förfrågningsunderlagets utformning som är ifrågasatt (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 25 april 2014 i mål nr 1066-14 och 1067-14).

Högsta förvaltningsdomstolen (HFD 2017 ref. 62) har emellertid slagit fast att en förutsättning för att en leverantör ska ha rätt att få en viss upphandling överprövad är att denne har eller har haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i samma upphandling. Vad gäller skada har Högsta förvaltningsdomstolen uttalat att det beträffande frågan om talerätten är sökandens egen uppfattning om skada eller risk för skada som är relevant (HFD 2013 ref. 53).

Förvaltningsrättens bedömning

Den första frågan som förvaltningsrätten har att ta ställning till i denna del är om varje leveransområde i upphandlingen ska ses som en egen upphandling i lagens mening. Om så inte är fallet saknas anledning att pröva frågan om talerätt i förhållande till varje leveransområde.

Definitionen av begreppet upphandling i 1 kap. 2 § LOU behandlar inte frågan om det rör sig om en eller flera upphandlingar med avseende på berörda parter och antalet ingående kontrakt (se prop. 2015/16:195 s. 934). Bedömningen av om det är fråga om en eller flera upphandlingar i LOU:s mening får därför ske utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.

Av i målet ingivna upphandlingsdokument framgår bl.a. följande. Upphandlingen är uppdelad på 70 geografiska leveransområden. Anbudsgivarna har haft möjlighet att lämna anbud på ett eller flera leveransområden. Ett kontrakt kommer att ingås per leveransområde.

Förvaltningsrätten gör mot den angivna bakgrunden bedömningen att varje leveransområde måste anses utgöra en egen upphandling i LOU:s mening. Förvaltningsrätten konstaterar härvid att de olika leveransområdena i upphandlingen är så klart avgränsade att det utan problem går att skilja dem åt (jfr Kammarrätten i Stockholms domar den 25 april 2014 i mål nr 1066-14 och 1067-14).

Frågan är här efter om Humanus uppfyller förutsättningarna för talerätt avseende samtliga leveransområden.

Vad gäller de 51 leveransområden där Humanus inte har lämnat något anbud gör förvaltningsrätten följande bedömning.

Definitionen i 1 kap. 16 § LOU av begreppet leverantör innehåller inte något mer än att leverantören på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader. Det saknas därför skäl att göra någon annan bedömning än att Humanus är leverantör i lagens mening (jfr HFD 2017 ref. 62).

Humanus har bl.a. framfört invändningar som är hänförliga till förfrågningsunderlagets utformning och upphandlingarnas konkurrensuppsökande skede och anser sig lida skada av de påtalade bristerna. Dessa omständigheter talar enligt förvaltningsrättens mening för att Humanus ska anses taleberättigat även på de leveransområden där bolaget inte har lämnat något anbud.

Humanus har vidare anført att de 19 leveransområden som bolaget har lämnat anbud på har valts utifrån förutsättningarna i den aktuella upphandlingen och att bolaget kan komma att lämna anbud på fler eller andra leveransområden om förvaltningsrätten skulle besluta att upphandlingen ska göras om. Enligt förvaltningsrätten mening får vad Humanus har anført i denna del anses tillräckligt för att bolaget ska ha talerätt. Det kan i en upphandlingssituation som den aktuella – särskilt mot bakgrund av de låga krav som ställts upp i praxis avseende den subjektiva skadebedömningen i 20 kap. 4 § LOU – inte krävas att bolaget närmare konkretiserar vilket eller vilka leveransområden som bolaget har eller har haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i (jfr HFD 2017 ref. 62). Arbetsförmedlingens avvisningsyrkande ska därför avslås i denna del.

Vad gäller de 12 leveransområden där Humanus har lämnat anbud gör förvaltningsrätten följande bedömning.

Förvaltningsrätten noterar att grunderna för Arbetsförmedlingens avvisningsyrkande i denna del endast tar sikte på Humanus förstahandsyrkande om rättelse av upphandlingen. Arbetsförmedlingen har anført att bolaget inte kan lida skada även om yrkandet vinner bifall och därför inte har talerätt. Humanus har emellertid även, i andra hand, yrkat att upphandlingen ska göras om. Oaktat detta är det beträffande frågan om talerätten sökandens egen uppfattning om skada eller risk för skada som är relevant. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs däremot också att sökanden närmare kan konkretisera och visa att denne lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Humanus har lämnat anbud i upphandlingarna på de aktuella leveransområdena och gör gällande att bolaget har lidit eller kan komma att lida

skada på grund av de av bolaget påtalade bristerna. Enligt förvaltningsrättens mening uppfyller bolaget därmed förutsättningarna för talerätt. Arbetsförmedlingens avvisningsyrkande ska därför avslås även i denna del.

Förvaltningsrätten har således att pröva ansökan i sak vad gäller samtliga leveransområden i upphandlingen.

Prövningen i sak

Utgångspunkter för prövningen i sak

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande bestämmelserna 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 har gjorts.

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling (jfr RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78). Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grund av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 6 § LOU. Det är 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 är det inte tillräckligt att sökanden anser sig

lida skada eller kunnat komma att lida skada, utan sökanden ska också visa att så varit fallet på grund av de brister som påtalats (se HFD 2013 ref. 53).

Parterna får som huvudregel själva bära ansvaret för utredningen i målet. Ingen av parterna har gett in upphandlingens förfrågningsunderlag, den generella delen, till förvaltningsrätten. Parterna har dock redogjort för förfrågningsunderlagets innehåll i relevanta delar och ingen av parterna har haft några invändningar mot respektive parts redogörelser i denna del.

Finns det skäl att besluta om rättelse av upphandlingen?

Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt ska den upphandlande myndigheten enligt 19 kap. 27 § LOU 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.

Humanus har gjort gällande att Arbetsförmedlingen har handlat i strid med 19 kap. 27 § LOU genom att inte begära in en förklaring till och förkasta samtliga anbud i upphandlingen med ett jämförelsepris under noll kronor.

Någon definition av begreppet onormalt lågt anbud finns inte. I förarbetena till LOU (prop. 2015/16:195 s. 794 och 1 114) uttalas bl.a. följande. Bestämmelsen syftar till att säkerställa att leverantören får möjlighet att lämna en förklaring till ett lågt anbud, innan det kan bli aktuellt för myndigheten att förkasta anbudet. Förekomsten av ett sådant kontradiktoriskt förfarande mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör, för att den sistnämnda ska kunna bevisa att dess anbud är allvarligt menat, är ett krav för att undvika godtycke från den upphandlande myndighetens sida och säkerställa en sund konkurrens mellan företagen. Det är den upphandlande myndigheten som utifrån omständigheterna i det enskilda fallet ska avgöra vad som förefaller vara ett onormalt lågt anbud. Vad som kan konstateras vara

onormalt lågt motsvarar inte vad som kan sägas vara allmänt vedertagna affärsmässiga hänsyn. Den upphandlande myndigheten eller enheten 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.

När Humanus, till skillnad från den upphandlande myndigheten, anser att anbud i upphandlingen är onormalt låga i LOU:s mening och borde ha förkastats faller enligt förvaltningsrättens mening en väsentlig del av bevisbördan på bolaget att visa att så är fallet. Det bör ankomma på Humanus att peka på sådana konkreta och uppenbara brister i anbudsgivarnas förklaringar som medför att anbudet inger tvivel beträffande leveranssäkerhet m.m..

Skyldigheten att förkasta ett anbud inträder först när myndigheten har gjort bedömningen att anbudet är onormalt lågt *och* att leverantören inte har förklarat detta på ett tillfredställande sätt (se prop. 2015/16:195 s. 795). Detta innebär att Arbetsförmedlingen inte kan anses ha handlat i strid med LOU enbart på den grunden att myndigheten inte har förkastat samtliga anbud med ett jämförelsepris under noll kronor.

Humanus har förtydligat att bolaget anser att Arbetsförmedlingen i vissa fall har godtagit anbudsgivare med ett jämförelsepris under noll kronor utan att begära in en förklaring till det onormalt låga priset och i vissa fall – vad gäller anbud från anbudsgivarna Aspero, Hermods, AcadeMedia, Ocellus, Work for you, Montico och Folkuniversitet – har godtagit anbudsgivare med ett jämförelsepris under noll kronor som på begäran inte har lämnat en tillfredställande förklaring. Som exempel på en förklaring som inte är tillfredställande har Humanus angett anbudsgivare som tillhör koncerner och som hävdar koncernfördelar som förklaring till sina låga priser. Humanus anser att Arbetsförmedlingen har handlat i strid med likabehandlingsprincipen när

myndigheten har accepterat en sådan förklaring, eftersom det omöjliggör för anbudsgivarna att konkurrera på lika villkor.

Enligt Humanus är det inte möjligt att genomföra de aktuella leveranserna utan förlust med ett lägre jämförelsepris än noll kronor. Humanus menar att alla anbudsgivare befinner sig i likartade situationer och har liknande förutsättningar att lämna konkurrenskraftiga anbud.

Humanus har för att styrka sina påståenden bl.a. gett in en egen kalkyl och vissa anbudsgivares svar på Arbetsförmedlingens begäran om förklaringar till onormalt låga anbud.

Det förhållandet att det offererade priset i ett anbud är väsentligt lägre än i övriga anbud innebär inte per automatik att det är att anse som ett onormalt lågt anbud. Det finns vidare inget krav på att lämnat anbud ska leda till vinst för anbudsgivaren. Det är tillåtet 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). Ett lågt pris utgör således inte i sig ett skäl att förkasta ett anbud.

Förvaltningsrätten konstaterar att den omständigheten att vissa anbudsgivares jämförelsepris i upphandlingen är negativa är ett resultat av den mervärdesmodell med prisavdrag som använts. Ett negativt jämförelsepris innebär således inte att leverantören inte kommer att få någon ersättning för de aktuella tjänsterna. Det finns därmed inte skäl att betrakta anbud i upphandlingen som onormalt låga redan av den anledningen att jämförelsepriset är under noll kronor. Förvaltningsrätten instämmer vidare i Arbetsförmedlingens uppfattning att Humanus kalkyl utgår från bolagets egna förutsättningar och inte kan anses vara allmängiltig för samtliga anbudsgivare på samtliga leveransområden i upphandlingen.

Förvaltningsrätten anser att Arbetsförmedlingen på ett tillfredställande sätt har förklarat hur myndigheten gått tillväga för att identifiera onormalt låga anbud och varför myndigheten, bl.a. men hänsyn till anbudsgivarnas olika förutsättningar och leveransområdenas olika karaktär, har begärt in en förklaring i vissa fall och i andra fall inte. Vad Humanus har anfört i denna del ger inte stöd för att Arbetsförmedlingen skulle ha agerat godtyckligt eller på annat sätt i strid med reglerna om förfarandet vid identifierandet av onormalt låga anbud i upphandlingen. Det saknas således skäl att invända mot Arbetsförmedlingens åtgärder i denna del.

Mot den angivna bakgrunden gör förvaltningsrätten bedömningen att Humanus inte har förmått visa att det funnits en skyldighet för Arbetsförmedlingen att begära in en förklaring till samtliga anbud med ett jämförelsepris under noll kronor.

Förvaltningsrätten gör vidare bedömningen att Humanus inte har förmått visa att de ifrågasatta anbudsgivarnas förklaringar baserats på några uppenbart felaktiga antaganden som ger anledning att tro att de har frångått förfrågningsunderlaget, missförstått förutsättningarna för upphandlingen, baserat sina beräkningar på förhållanden som är felaktiga eller att de inte kommer att kunna leverera enligt gällande villkor. Enligt förvaltningsrättens mening kan bolagens förklaringar – i de delar de har åberopats – inte heller anses som allmänt hållna utan måste bedömas som objektivt godtagbara. Som konstaterats är det tillåtet för anbudsgivarna att pressa sina vinstmarginaler. I linje härmed är det enligt förvaltningsrättens mening även tillåtet att använda sig av andra affärsmässiga konkurrensfördelar såsom att anbudsgivaren ingår i en koncern eller har möjlighet till stordrift. Arbetsförmedlingen har därmed inte agerat i strid med likabehandlingsprincipen när myndigheten har accepterat sådana förklaringar till onormalt låga anbud.

Humanus har sammanfattningsvis inte visat att Arbetsförmedlingen har agerat i strid med 19 kap. 27 § LOU genom att inte begära in en förklaring till och förkasta samtliga anbud med ett jämförelsepris under noll kr. Det har heller inte på annat sätt visats att Arbetsförmedlingen har agerat i strid med det anvisade förfarandet. Det saknas därmed skäl att besluta om rättelse av upphandlingen på denna grund.

Finns det skäl att besluta att upphandlingen ska göras om?

Frågan är då om det, med hänsyn till vad Humanus har anfört om brister i bl.a. utvärderingsmodellen och förfrågningsunderlaget, finns skäl att besluta att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av principerna om transparens och likabehandling i 4 kap. 1 § LOU följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på förutsägbarhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag. Av RÅ 2002 ref. 50 framgår emellertid att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU inte träds för när. Av EU-domstolens praxis framgår att förfrågningsunderlaget ska vara utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (se bl.a. mål C-19/00, EU:C:2001:553, SIAC Construction Ltd).

Av 19 kap. 24 § LOU följer att 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.

Humanus gör gällande att Arbetsförmedlingen genom sitt sätt att genomföra upphandlingen i praktiken valt ”pris” och inte ”bästa förhållandet mellan pris och kvalitet” som utvärderingsgrund och därmed handlat i strid med 19 kap. 24 § LOU. Förvaltningsrätten konstaterar att den upphandlande myndigheten har stor frihet vad gäller utformningen av utvärderingsmodell. Avgörande är att utvärderingsmodellen är tydligt redovisad i förfrågningsunderlaget och att anbudsgivarna kan bedöma förutsättningarna för tilldelning av kontraktet. Det förhållandet att samtliga eller flertalet anbudsgivare har valt den högsta kompetensnivån hos aktuella nyckelpersoner och erhållit maximala mervärdespoäng i utvärderingen medför, enligt förvaltningsrättens mening, inte att den upphandlande myndigheten i realiteten har haft en annan utvärderingsgrund eller att utvärderingsmodellen på annat sätt strider mot LOU.

Humanus gör vidare gällande att förfrågningsunderlagets krav i avsnitt *1.4.5.1 Administrativ samordnare* och i avsnitt *1.4.4.2 Lärartäthet* är utformade i strid med de grundläggande principerna om likabehandling och transparens eftersom de öppnar upp för olika tolkningar och resulterar i att anbuderna baseras på olika förutsättningar.

Humanus anför att bolaget uppfattat kravet i *1.4.5.1 Administrativ samordnare* om att den administrativa samordnaren kan ansvara för maximalt två leveransområden på så sätt att om den administrativa samordnaren är samordnare för två leveransområden kan denne inte samtidigt vara pedagog, men om denne är samordnare för enbart ett område kan denne vara pedagog på 50 procent. Bolaget menar att det inte är tydligt hur kravet ska tolkas och

att Arbetsförmedlingens förtydligande i ”Frågor och svar” inte ger någon klarhet. Enligt bolaget kan vissa anbudsgivare ha tolkat kravet på så sätt att samma person kan vara samordnare för två leveransområden och samtidigt vara pedagog på hel- eller deltid.

I publika ”Frågor och svar” (fråga nr 86) har Arbetsförmedlingen förtydligt kravet enligt följande.

Fråga: ”ställer Arbetsförmedlingen något krav på omfattningen av tjänsten Administrativ samordnare? Om en administrativ samordnare ansvarar för två leveransområden – är det då en heltidstjänst? Om en administrativ samordnare ansvarar för ett leveransområde – är det då en halvtidstjänst? Eller är det upp till leverantören att avgöra omfattningen av tjänsten så länge angivna ansvarsuppgifter säkerställs?”

Svar: ”Den administrativa samordnarens ansvarsområde är omfattande, hen ska säkerställa att tjänsten i sin helhet fungerar och är kvalitetssäkrad. Den Administrativa samordnaren ansvarar bland annat för att all övrig personal är informerade om avtalets innehåll och vad som förväntas av dem. Omfattningen i tid kommer med all sannolikhet att variera beroende på vilket leveransområde det gäller. Leverantören ansvarar för att den Administrativa samordnaren tjänstgör i den omfattning som krävs för att upprätthålla en hög kvalitet på tjänsten. Arbetsförmedlingen kommer att följa upp hur väl den Administrativa samordnaren uppfyller sitt ansvar.”

Förvaltningsrätten anser att det genom Arbetsförmedlingens svar klagas att det aktuella kravet inte innefattar en begränsning i fråga om i vilken omfattning den administrativa samordnaren även kan tjänstgöra som pedagog på så sätt som Humanus gör gällande att bolaget har uppfattat kravet. Förvaltningsrätten finner därför att förfrågningsunderlaget inte brister i transparens i detta avseende. Det förhållandet att det till viss del är upp till leverantören att bestämma omfattningen av tjänsten, så länge en god kvalitet m.m. upprätthålls, medför ingen annan bedömning. Det framstår enligt förvaltningsrättens mening som naturligt att omfattningen av den administrativa samordnarens tjänst varierar beroende på leveransområde, varför eventuella brister i förutsägbarhet i denna del får godtas. Att den administrativa samordnaren inte samtidigt kan vara pedagog på heltid, oberoende av om denne

ansvarar för ett eller två leveransområden, framstår vidare som uppenbart mot bakgrund av Arbetsförmedlingens beskrivning av tjänsten.

Vad gäller punkt 1.4.4.2 *Lärartäthet* gör Humanus gällande att det är oklart om det är antalet anvisade deltagare eller antalet deltagare som faktiskt deltar i undervisning som ska ligga till grund för beräkningen av lärartätheten.

I publika "Frågor och svar" (fråga nr 76) har Arbetsförmedlingen förtydligat kravet enligt följande.

Fråga: "Räknas lärartätheten på antalet närvarande deltagare i undervisningen? Vad gäller tex vid sjukfrånvaro? Ska man ändå ha lärare som om deltagaren/deltagarna varit på plats? Vad gäller vid praktik – ska lärartätheten ändå vara som om deltagaren/deltagarna varit på plats? Hur kommer kravet att mätas och följas upp?"

Svar: "Lärartätheten räknas på antalet anvisade deltagare. Kravet kommer att kontrolleras vid leverantörs- och kvalitetsuppföljningar."

I en följdfråga (nr 83) tydliggörs bl.a. vad som ska gälla när elever är anvisade på heltid respektive deltid samt på förmiddag respektive eftermiddag.

Förvaltningsrätten anser att det framgår tydligt av Arbetsförmedlingens svar på fråga nr 76 att det är antalet anvisade deltagare som ligger till grund för beräkningen av lärartätheten. Förvaltningsrätten instämmer i Arbetsförmedlingens bedömning att skrivningarna i myndighetens svar på fråga nr 83 endast syftar till att exemplifiera hur anbudsgivarna kan fördela lärarresurserna. Att utgå från antalet deltagare som faktiskt deltar i undervisning skulle, som Arbetsförmedlingen påpekat, medföra svårigheter för leverantören att förutse hur många lärare som behövs.

Även med beaktande av vad Humanus anför anser förvaltningsrätten att det inte går att dra någon annan slutsats än att förfrågningsunderlaget, i vart fall

efter att Arbetsförmedlingen har förtydligat kraven i ”Frågor och svar”, är tillräckligt tydligt och förutsägbart i aktuella delar för att varje anbudsgivare med utgångspunkt i underlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Det har således inte visats att förfrågningsunderlaget är utformat i strid med de grundläggande principerna om transparens och likabehandling.

Humanus har slutligen framfört generella invändningar mot Arbetsförmedlingens hantering av ”Frågor och svar”. Som parterna har konstaterat framgår det av 19 kap. 28 § LOU att en upphandlande myndighet på begäran av en leverantör ska lämna kompletterande upplysningar om upphandlingsdokumenten senast sex dagar före angiven sista dag för anbud, förutsatt att upplysningarna har begärts i god tid. Upplysningarna ska lämnas skriftligen till alla leverantörer som deltar i upphandlingsförfarandet. Det har inte framkommit annat än att Arbetsförmedlingen har agerat i enlighet med den bestämmelsen. Inte heller i övrigt har det framkommit att Arbetsförmedlingen har agerat i strid med LOU vid hanteringen av ”Frågor och svar”.

Det saknas sammanfattningsvis skäl att besluta om att upphandlingen ska göras om på grund av vad Humanus har anfört avseende brister i upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten anser att Humanus är taleberättigat vad gäller samtliga leveransområden i upphandlingen. Arbetsförmedlingens avvisningsyrkande ska därför avslås.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis inte visat att upphandlingen har genomförts på ett sådant sätt att det finns grund för ingripande enligt

LOU. Humanus kan således inte ha lidit eller komma att lida skada på grund av de påtalade bristerna. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1A LOU)

Johan Lundmark
Chefsrådman

Förvaltningsrättsfiskalen Sara Holmström har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättsens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättsens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.