



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2011-06-09
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 2480-11
 Enhet 13

SÖKANDE

Medborgarskolan Region Väst, 849400-1913
 Fabriksgatan 13
 412 50 Göteborg

MOTPART

Arbetsförmedlingen
 Juridiska enheten
 113 99 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2011-06-13	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Medborgarskolans ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 133747

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND

Arbetsförmedlingen genomför, med förenklat förfarande enligt LOU, en ramavtalsupphandling av Aktiviteter inom jobb- och utvecklingsgarantin samt jobbgarantin för ungdomar 2011, Af-2010/1748-92. Förfrågningsunderlaget omfattar 68 orter och för varje ort genomförs en upphandling. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för varje upphandling avses att bli antaget. I de upphandlingar där det bedöms krävas avtal med flera leverantörer för att säkerställa leverans av uppskattade volymer kommer rangordningen rak avropsordning att tillämpas.

I tilldelningsmeddelade den 25 januari 2011 och bilagorna 1-4 redovisas bl a sammanställning, icke kvalificerade anbud, utvärdering och förteckning över samtliga vinnare. Justerat tilldelningsmeddelade den 26 januari 2011 avser upphandlingarna/orterna Malmö, Örebro och Östersund.

Bland dem som inte kvalificerat sig till utvärdering fanns Medborgarskolan Region Väst (Medborgarskolan), som lämnat anbud för leveransorterna Borås, Göteborg, Halmstad, Kramfors, Ludvika, Luleå, Lycksele, Mölndal, Skellefteå, Sollefteå, Sundsvall, Umeå och Örnsköldsvik. För samtliga dessa leveransorter blev Medborgarskolans anbud förkastat med motiveringen att de i sitt anbud inte beskriver hur man avser att utföra jobsökaraktiviteter med coachning eller förberedande aktiviteter.

YRKANDEN M.M.

Medborgarskolan ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen ska göras om eller rättas på den grunden att det elektroniska upphandlingssystemet TendSign haft allvarliga brister. Till stöd härför anför Medborgarskolan bl.a. följande. Det elektroniska upphandlingssystemet TendSign var under eftermiddagen den 8 november 2010 inte stabilt. För-

valtningsrätten bör därför besluta att undersöka detta. På eftermiddagen den 8 november 2010 lade Medborgarskolan in den sista texten till upphandlingen, inklusive texterna i punkt 4.3. Medborgarskolan ändrade då den redan inlagda texten "lägg in" till en tjugosidig text om hur de planerar utföra jobbsökaraktiviteterna med coachning och förebredande aktiviteter, och sparade sedan denna. TendSign var då fruktansvärt segt och verkade överbelastat. Det var i princip omöjligt att kunna gå fram och tillbaka på de sidor som utgjorde själva upphandlingen. Stundtals fick Medborgarskolan logga ut ur systemet för att för att komma till en väl definierad startpunkt. Detta gjordes för att de var tvungna att lägga in den text som fortfarande fattades samt att de skulle kunna se att allt var ifyllt. När alltför många samtidigt accessar en webbsajt som TendSign kan det hända att systemet upplevs som segt av användarna om systemet inte är dimensionerat efter antalet användare. Ett överbelastat elektroniskt serversystem kan dessutom tappa bort pågående dataaktiviteter som t.ex. spara-aktiviteter. Medborgarskolan kunde inte tro att deras anbud inte sparades när de tryckte på spara, vilket de som vana datoranvändare gjorde kontinuerligt. Inget felmeddelande indikerade någon sådan brist, även om Medborgarskolan kände oro för att systemet försinkade sändningen av deras anbud. I Arbetsförmedlingens tilldelningsmeddelande kan utläsas att väldigt många etablerade företag och organisationer påstås inte ha visat eller inte beskrivit viss information som är av stor betydelse, vilket stärker misstanken att systemet vid tillfället missat inmatad information. Vid önskan om ytterligare upplysning kring frågan till Arbetsförmedlingen fick de den 31 januari 2011 svar via mail att "Det ser ut som om ni har glömt att fylla i under punkten 4.3 där ni ska beskriva hur ni genomför jobbcoachningen och de förebredande aktiviteterna". I det anbud som Medborgarskolan säger sig ha bedömt påstås Medborgarskolan ha skrivit "sätt in jamänvvv". Givet omfattningen av anbudet och hur seriöst och välskrivet övrig text är det orimligt av Arbetsförmedlingen att tro att denna obegripliga text var anbudstexten. Medborgarskolan anser sig ha presenterat ett komplett anbud enligt an-

budsförfrågan. Det är Arbetsförmedlingens ansvar att det anvisade elektroniska systemet ska fungera. Anbudsgivarna var tvungna att använda TendSign och fick inte nyttja vanlig postgång. Arbetsförmedlingen känner till felet och har vid tidigare upphandlingar gjort manuella korrigeringar under pågående upphandling. Förvaltningsrätten bör begära att TendSign från den 8 november 2011 företer serverloggar som visar på driftsstatus och driftsdata på webbservrar och databasservrar samt att kunnig personal bistår i att utröna vad deras tillgängliga driftsdata påvisar för problem.

Arbetsförmedlingen bestrider ingripande enligt LOU och anför bl.a. följande. Det är avsändaren som står risken för att överföringen av ett meddelande inte når mottagaren, försenas eller inte fungerar. Arbetsförmedlingen har bedömt det faktiskt inlämnade anbudet som fanns i systemet när anbudsöppningen skedde. Medborgarskolan har i den aktuella svarsrutan fyllt i något som TendSign tolkat som ett svar. TendSign ger varningssignal när en svarsruta är tom, men har inte kapaciteten att bedöma vad som faktiskt står i svarsrutan. Det är ytterst anbudsgivarens ansvar att se till att anbudet är komplett när det sänds in. Arbetsförmedlingen har inte fått någon information från TendSign om att det skulle ha förelegat något fel på systemet vid den aktuella tidpunkten. TendSigns produktägare Magnus Renström har gjort antagandet att Medborgarskolan av misstag kan ha råkat radera svaret och skrivit in en annan kort text i stället. Detta har skett i nära anslutning till att anbudet skickades. TendSign har lämnat en excel-fil som visar att texten ”Sätt in...” är en av de sista texterna som har lagts in av Medborgarskolan i systemet innan anbudet skickats in. Den upphandlande myndigheten får begära komplettering men har ingen skyldighet att göra detta. Arbetsförmedlingen anser att en sådan åtgärd i detta fall inte har kunnat vidtas utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning och har därför avstått från detta. Medborgarskolans anbud har förkastats för att det inte uppfyller ställda skall-krav.

UTREDNINGEN I MÅLET

I Arbetsförmedlingens förfrågningsunderlag anges, under avsnitt 4.3, att bl a följande **skall** beskrivas: Hur anbudsgivaren planerar att utföra jobb-sökaraktiviteterna med coachning och de förberedande aktiviteterna.

Arbetsförmedlingen har ingett excel-utskrift från TendSign som visar att texten ”sätt in jajamänvvv” matades in av Medborgarskolan klockan 14.59 den 8 november och att det slutliga anbudet skickades samma dag kl. 15.29.

Medborgarskolan har ingett bl.a. utskrifter av sitt anbud som det var menat att se ut, sitt anbud som det mottogs av TendSign och e-post den 31 januari 2011 från Jesper Riis på Arbetsförmedlingen.

I ett av Medborgarskolan ingivet e-postmeddelande den 22 november 2010 från Bo Berntsson på Arbetsförmedlingen till Competens, som var anbudsgivare i en annan upphandling, anges bl.a. följande. Dagen efter sista anbudsdagen fick jag ett samtal från TendSigns support som hade varit i kontakt med anbudslämnaren TUVAB. TUVAB hade upptäckt att avsnittet om innehåll och upplägg, just det avsnitt du efterlyser, hade försvunnit ur deras anbud. Vid mitt samtal med TendSigns support fick jag bekräftat att detta berodde på ett systemfel och inte på någon brist i anbudet. Med anledning härav lade TendSign in det saknade avsnittet i efterhand. Tyvärr skedde utskriften av TUVABs anbud innan denna rättelse gjorts och det är därför avsnittet saknades i det exemplar du fått.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra

upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 4 kap. 17 § LOU anges följande. Den upphandlande myndigheten får uppmana en deltagande anbudsgivare att klarlägga och precisera sitt anbud. Sådana åtgärder eller kompletterande upplysningar får dock inte leda till att grundläggande delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud ändras så att det snedvrider konkurrensen eller leder till diskriminering.

I Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, åttonde upplagan (2010), sid. 125, anges bl.a. följande. I avtalslagen § 32 st. 2 behandlas att förklaringen blivit förvanskad – inte av den person som avgivit den utan av annan – när den befordras *genom telegram* eller framförts *mundligen genom bud* (s.k. befordringsfel). I dessa två undantagsfall gäller inte rättshandlingen ens om mottagaren är i god tro. Bestämmelsen om befordringsfel är en avvikelse från den allmänna huvudregeln att man ansvarar för sina egna kontraktsmedhjälpare. Om man anlitar någon för att utföra en prestation, så ansvarar man i förhållande till andra avtalsparter för att prestationen utförs korrekt. Om man alltså anlitar någon som skall hjälpa till med att överföra ett meddelande, ansvarar man enligt huvudregeln som om man själv gjort överföringen. Undantaget i avtalslagen § 32 st. 2 innebär att man inte ansvarar när kontraktsmedhjälparen är ett bud eller en telegrafist. I UNIDROIT Principles Art 3.5 och PECL 4:104 särbehandlas inte befordringsfel i förhållande till andra misstag.

En förklaring till undantagen i avtalslagen § 32 st. 2 kan vara att överföring av meddelanden genom telegrafering och bud *typiskt sett* innebär så stor risk för misstag, att mottagaren av meddelandet måste räkna med att det inte är korrekt. Enligt vår uppfattning föreligger inte övertygande ändamålsskäl till regeln om befordringsfel i avtalslagen § 32 st. 2, och vi anser därför att regeln skall tolkas restriktivt och inte ligga till grund för analogier.

Förvaltningsrättens bedömning

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Av principen om likabehandling av leverantörer följer att samtliga anbud ska vara i överensstämmelse med bestämmelserna i förfrågningsunderlaget för att säkra möjligheten till en objektiv jämförelse av anbuden. Likabehandling och icke-diskriminering förutsätter att anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet. Prövningen i förvaltningsrätten är

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 1 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

I den version av Medborgarskolans anbud, som Arbetsförmedlingen tagit emot, är skall-kraven under 4,3 inte uppfyllda. Fråga i målet är på vems risk Medborgarskolans anbud i TendSign insändes till Arbetsförmedlingen, och om Arbetsförmedlingens mottagande av detta utan att bereda Medborgarskolan tillfälle till komplettering innebär att någon av principerna i LOU har överträtts. I kommersiella förhållanden gäller, som framgår i doktrinen enligt ovan, att meddelanden och handlingar normalt översänds på avsändarens risk. Att denna princip tillämpas när lagen inte föreskriver annorlunda, har framhållits av Högsta Domstolen i NJA 1973 s. 8. Principen tillämpas normalt av förvaltningsdomstolar också, jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RegR 3173-1999 (dom den 6 mars 2003), se särskilt kammarrättens domskäl där.

Frågan om påstådda fel på det av vissa myndigheter använda elektroniska upphandlingsverktyget TendSign kan innebära att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU prövades av denna förvaltningsrätt i ett stort antal mål, 39865-10 m fl. I dom den 14 januari 2011 fann förvaltningsrätten att bevisbördan för att ett sådant fel förelegat ligger på den anbudsgivare som begär överprövning (se sid. 23 i nämnda dom). Domen överklagades av anbudsgivaren till både Kammarrätten i Stockholm (mål nr 476-11 m fl) och Högsta förvaltningsdomstolen (mål nr 1028—1051-11) utan att något prövningstillstånd meddelades.

Av den e-postväxling gällande en annan upphandling, som Medborgarskolan ingett i målet, framgår att TendSign inte är ofelbart som upphandlings-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

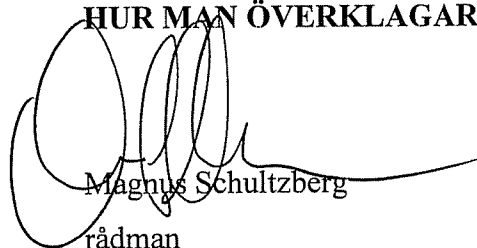
DOM

verktyg. Det framgår dock också att praxis är att det är anbudsgivaren som har att på eget initiativ kontakta den upphandlande myndigheten, och vid behov TendSigns operatörer, om man misstänker att man drabbats av något sådant fel. Om vissa anbudsgivare fick den utökade servicen att upphandlande myndighet själv manuellt granskade deras anbud för anbudsöppningen och vid brister anmodade om komplettering skulle det, som Arbetsförmedlingen påpekat, bryta mot principen om likabehandling.

Den av Arbetsförmedlingen mottagna fälttexten ”sätt in jajamänvvv” ger inte intrycket att bestå av s.k. skräptecken. Den verkar snarare vara Medborgarskolans informatörs minnesnotering i ett ofärdigt anbud för att han eller hon själv ska komma ihåg att komplettera fältet senare. Att Medborgarskolan skulle ha matat in en sådan komplettering som TendSign på grund av tekniskt fel inte mottagit, har inte visats. Även på denna punkt hade Medborgarskolan haft möjlighet att själva ta kontakt med TendSign såsom gjordes av deras konkurrent i den tidigare upphandling som Medborgarskolan åberopar.

Förvaltningsrätten finner att det inte visats i målet att Arbetsförmedlingen brutit mot någon av LOU:s principer samt att det inte heller finns skäl för förvaltningsrätten att begära in ytterligare utredning. Medborgarskolans begäran om ingripande enligt LOU ska därför avslås.

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



Magnus Schultzberg
rådman

Föredragande har varit David Munck.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgi sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1A LOU