



KLAGANDE

Linde Bergslags församling, 252004-8485

Ombud: Advokat Amir Daneshpip och advokat Christian Martinsson

MOTPART

Arbetsförmedlingen

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 11 mars 2020
i mål nr 26069-19, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten avslår överklagandet.
2. Kammarrättens interimistiska beslut den 20 mars 2020 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Linde Bergslags församling yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas genom en ny utvärdering där anbudet från församlingen ska ingå och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Församlingen för fram bl.a. följande. Punkt 3.3 i förfrågningsunderlaget uppfyller inte kravet på transparens i 4 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, eftersom det är otydligt vad som utgör en skyddad verkstad, vilka leverantörer som kan komma ifråga och på vilket sätt en leverantör ska styrka att kravet är uppfyllt. Förvaltningsrätten har inte tagit ställning till om punkt 3.3 i förfrågningsunderlaget uppfyller kravet på transparens.

En skyddad verkstad eller leverantör behöver inte vara en egen juridisk person utan kan vara en organisatorisk enhet inom en juridisk person. Begreppet ”leverantör” i 4 kap. 18 § LOU motsvarar begreppet ”ekonomisk aktör” i artikel 20.1 i direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, LOU-direktivet. Begreppet ska tolkas brett och funktionellt. Församlingens självständiga enhet S:t Mary Lindesberg utgör en sådan leverantör som avses eller en skyddad verkstad. Av församlingens anbud framgår tydligt att den leverantör som ansökte om att bli kvalificerad var församlingens organisatoriska enhet S:t Mary Lindesberg. Den omständighet att församlingen i formell mening står på anbudet och tecknar avtal ändrar inte att S:t Mary Lindesberg är leverantören i upphandlingsjuridisk mening. Verksamhetskravet ska därför prövas gentemot S:t Mary Lindesbergs verksamhet och inte hela församlingens verksamhet. Det som har förts fram om att S:t Mary Lindesberg skulle kunna vara en skyddad verkstad utgör inte en otillåten komplettering.

Arbetsförmedlingen anser att överklagandet ska avslås och för fram bl.a. följande. Kravet i punkt 3.3 i förfrågningsunderlaget är klart och tydligt formulerat och därmed transparent. Det är församlingen, i egenskap av

leverantör, som ska visa att den är en skyddad verkstad eller att dess främsta syfte är social och yrkesmässig integration av de i upphandlingen avsedda målgrupperna. Församlingen har lämnat anbudet varför det saknar betydelse om verksamheten S:t Mary Lindesberg skulle uppfylla definitionen av att vara leverantör eller skyddad verkstad. Församlingens påstående om att S:t Mary Lindesberg är en skyddad verkstad är dessutom en ny uppgift som inte fanns med i anbudet och utgör därför en otillåten komplettering. Församlingen har inte heller hanterats felaktigt i förhållande till andra anbudsgivare. Inget har hindrat församlingen från att inkomma med förtydliganden. Vid utvärderingen har inga nya uppgifter beaktats, dvs. inga kompletteringar har förekommit.

Kammarrätten beslutade den 20 mars 2020 att Arbetsförmedlingen inte får ingå avtal i upphandlingen innan något annat har bestämts.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Otillåten komplettering

En upphandlande myndighet får enligt 4 kap. 9 § LOU tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling.

Arbetsförmedlingen har fört fram att påståendet att verksamheten S:t Mary Lindesberg utgör en skyddad verkstad är en otillåten komplettering som inte fanns med i församlingens anbud. Kammarrätten konstaterar dock att det anges i anbudshandlingarna att S:t Mary Lindesberg fungerar som en form av skyddad verkstad. Kammarrätten anser därför att uppgiften inte utgör en otillåten komplettering.

Transparensprincipen

Församlingen har fört fram att förfrågningsunderlaget inte uppfyller kravet på transparens eftersom det är otydligt vad som utgör en skyddad verkstad, vilka leverantörer som kan komma ifråga och på vilket sätt en leverantör ska styrka att kravet är uppfyllt. Formuleringen i det uppställda kravet i förfrågningsunderlaget punkt 3.3 är nästintill likalydande som det krav som uppställs i 4 kap. 18 § LOU. Kammarrätten bedömer därför att kravet är tydligt formulerat. Den omständigheten att det kan finnas olika uppfattningar om hur regeln ska tolkas medför inte någon annan bedömning. Det framgår av förfrågningsunderlaget att Arbetsförmedlingen har ansett att leverantören ska "utgöra" en skyddad verkstad respektive "vara" en leverantör vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av de i upphandlingen avsedda målgrupperna. I förfrågningsunderlagets punkt 1.1.5 anges även att begreppet "leverantör" definieras som ett företag eller en aktör som har lämnat anbud och tilldelas kontrakt för att tillhandahålla de tjänster som omfattas av ramavtalet. I punkt 3.3 anges även tydligt hur leverantörerna ska visa att de uppfyller kravet genom att exempelvis bifoga stadgar, bolagsordning eller styrdokument. Förfrågningsunderlaget uppfyller i denna del således kravet på transparens.

Verksamhetskravet

En upphandlande myndighet får enligt 4 kap. 18 § första stycket LOU för en upphandling reservera deltagandet i upphandlingen för skyddade verkstäder eller för leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden (p. 1). Upphandlande myndighet får även föreskriva att ett kontrakt ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning (p. 2).

Ovanstående villkor begränsar vilka leverantörer som får delta i reserverade upphandlingar (verksamhetskrav). Därutöver ställs krav i bestämmelsen på att dessa leverantörers verksamhet till viss andel ska sysselsätta personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden (andelskrav).

Arbetsförmedlingen har i aktuell upphandling valt att reservera deltagande för leverantörer som utgör skyddade verkstäder eller vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration enligt punkten 1.

Vilken verksamhet ska prövas mot verksamhetskravet?

Arbetsförmedlingen har fört fram att det är församlingen, i egenskap av leverantör, som ska visa att den är en skyddad verkstad eller att dess främsta syfte är social och yrkesmässig integration av de i upphandlingen avsedda målgrupperna. Församlingen har fört fram att det är dess separata verksamhet S:t Mary Lindesberg som ska betraktas som leverantör vid uppfyllande av kraven enligt 4 kap. 18 § första stycket 1 LOU.

Kammarrätten konstaterar att Linde Bergslags församling anges som leverantör i anbudet. Församlingen har dock bifogat S:t Mary Lindesbergs verksamhetsberättelse till stöd för att kraven i punkt 3.3 är uppfyllda. Kammarrätten anser därför att anbudshandlingarna ger stöd för såväl Arbetsförmedlingens tolkning av anbudet, att församlingen ska betraktas som leverantör enligt punkt 3.3, som församlingens uppfattning, att den organisatoriska enheten S:t Mary Lindesberg ska bedömas som leverantör enligt samma punkt. Kammarrätten prövar därför om verksamhetskravet kan avse en organisatorisk enhet inom en juridisk person på det sätt som församlingen gör gällande.

Genom 4 kap. 18 § LOU genomförs artikel 20.1 i LOU-direktivet som bl.a. anger att medlemsstaterna får reservera deltagandet i offentliga upphandlingsförfaranden för skyddade verkstäder och ekonomiska aktörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer.

I skäl 14 till LOU-direktivet anges att begreppet ”ekonomisk aktör” bör ges en vid tolkning så att det omfattar alla personer och/eller enheter som erbjuder sig att utföra byggentreprenader, leverera varor eller tillhandahålla tjänster på marknaden, oberoende av vilken juridisk form de har valt för sin verksamhet. Således bör samtliga företag, filialer, dotterbolag, partnerskap, kooperativ, aktiebolag, universitet och andra former av enheter som inte är fysiska personer, oavsett om de är offentliga eller privata, omfattas av begreppet ”ekonomisk aktör”, oavsett om de är juridiska personer under samtliga omständigheter.

Av skäl 36 till LOU-direktivet framgår att skyddade verkstäder och sociala företag kan spela en väsentlig roll för att bidra till social integration och är av största vikt när det gäller att garantera lika möjligheter för alla. Sådana verkstäder eller företag kan emellertid sakna möjlighet att få kontrakt under normala konkurrensförhållanden. Det är därför lämpligt att föreskriva att medlemsstaterna får reservera rätten att delta i tilldelningsförfaranden.

Det som förenar de leverantörer som kan bli aktuella att delta i reserverade upphandlingar är att syftena med deras verksamheter – hela eller delar av dem – och de personer som verksamheterna sysselsätter är sådana att kraven för att tilldelas ett reserverat kontrakt i dessa delar kan anses uppfylla (SOU 2014:51 s. 50). Direktivet uppställer inte något krav på att leverantören ska ha en särskild associationsrättslig form eller företagsstruktur. Det får dock inte råda några tveksamheter om att verksamhetens övergripande syfte är social och yrkesmässig integration av

personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden (prop. 2015/16:195 s. 461).

Gällande begreppet ”skyddade verkstäder” angavs i ett betänkande vid genomförandet av 2004 års LOU-direktiv¹ att det i Sverige inte längre finns någon verksamhet som betecknas som ”skyddad verkstad” samt att den verksamhet som bedrivs av Samhall AB möjligen kan jämföras med sådana verkstäder. Enligt betänkandet motsvarar dock Samhall AB:s verksamhet närmast det som i direktivet kallas ”program för skyddad anställning” (SOU 2005:22 s. 210). Inför genomförandet av nuvarande LOU-direktiv angavs i betänkandet ”Nya upphandlingsregler” att begreppet ”skyddad verkstad” i svensk kontext inte har någon specifik betydelse. Förutom att begreppet kan ha betydelse för leverantörer som är etablerade i andra medlemsstater än Sverige, låg det enligt utredningen nära till hands att tillämpa det i fråga om Kriminalvårdens arbetsdrift. Enligt utredningens mening kan den verksamhet som bedrivs inom ramen för Kriminalvårdens arbetsdrift vara att betrakta som ”skyddade verkstäder” i upphandlingsdirektivens mening (SOU 2014:51 s. 57).

Frågan om en anbudsgivare kan kvalificera sig i en reserverad upphandling med hänvisning till att en organisatorisk enhet inom anbudsgivaren utgör en sådan verksamhet som anges i 4 kap. 18 första stycket § LOU, besvaras inte uttryckligen i bestämmelsen, artikel 20 i LOU-direktivet eller av förarbetena till LOU. Denna frågeställning är enligt kammarrätten aktuell oavsett om den organisatoriska enheten uppges vara en skyddad verkstad eller en leverantör vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden.

¹ Direktiv 2004/18/ EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.

Av skäl 14 till LOU-direktivet framgår att begreppet ”ekonomisk aktör” innefattar flera olika associationsformer oberoende av vilken juridisk form som har valts för verksamheten. Kammarrätten anser dock att det inte ger stöd för att en verksamhetsdel som saknar egen möjlighet att förvärva rättigheter och skyldigheter kan omfattas av begreppet ekonomisk aktör. Det ovan nämnda uttalandet i SOU 2014:51 att Kriminalvårdens arbetsdrift kan vara att betrakta som ”skyddade verkstäder” i upphandlingsdirektivets mening, skulle kunna ses som ett uttryck för att reserverade upphandlingar kan avse en anbudsgivares verksamhetsdel. Kammarrätten anser dock att formuleringen är vagt hållen och noterar att det i sammanhanget inte förs något särskilt resonemang om att arbetsdriften utgör en organisatorisk enhet inom Kriminalvården. Uttalandet ger därför inte stöd för att verksamhetskravet kan uppfyllas av en anbudsgivares verksamhetsdel. En sådan tolkning skulle dessutom möjliggöra för leverantörer som har möjlighet att tilldelas kontrakt under normala konkurrensförhållanden, att kvalificera sig i reserverade upphandlingar genom att enbart skapa verksamhetsdelar som uppfyller verksamhetskravet. I ljuset av direktivbestämmelsens syfte, att möjliggöra positiv särbehandling av vissa leverantörer, bör begreppen ”skyddad verkstad” och ”ekonomisk aktör” vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer” inte utsträckas i tillämpningen utan grund i bestämmelsen. Församlingen kan därför inte som anbudsgivare hänvisa till en organisatorisk enhet för uppfyllande av verksamhetskravet i 4 kap. 18 § LOU. Verksamhetskravet ska därför enligt kammarrätten bedömas mot hela församlingens verksamhet.

Uppfyller anbudet verksamhetskravet?

Församlingen har inte anfört att den utgör en skyddad verkstad eller är en leverantör vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av de i 4 kap. 18 § LOU avsedda målgrupperna. Det finns därför inte skäl för

ingripande enligt LOU med anledning av det församlingen har anfört om verksamhetskravet.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis bedömer kammarrätten att det uppställda kravet i punkt 3.3 i förfrågningsunderlaget uppfyller kraven på transparens samt att församlingen inte har visat att dess verksamhet uppfyller det aktuella kravet. Arbetsförmedlingen har därmed rätteligen förkastat Linde Bergslags församlings anbud. Skäl för ingripande med stöd av LOU finns därför inte. Överklagandet ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Eva-Lotta Hedin
lagman
ordförande
(skiljaktig mening,
se nedan)

Mikael Åberg
kammarrättsråd

Maria Norman Amanatidou
tf. assessor
referent

Emilia Lif
föredragande jurist

Eva-Lotta Hedin har skiljaktig mening och för fram följande.

Kravet på transparens

Frågan är om Arbetsförmedlingens upphandlingsdokument –
förfrågningsunderlag – brustit i tydlighet genom att i avsnitt 3.3
Verksamhetskrav enbart återge lagtexten i 4 kap. 18 § LOU.

Även om ett förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformat kan
godtas så måste det ändå, för att inte strida mot principerna om öppenhet
och likabehandling, vara utformat så att samtliga villkor och
bestämmelser för tilldelningsförfarandet ska vara formulerade i
förfrågningsunderlaget, på ett klart, precist och entydigt sätt för att alla
rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna
förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt.
(t.ex. EU-domstolen mål C-2016/17 Antitrust Coopservice punkt 63)

Arbetsförmedlingen har valt att reservera den i målet aktuella
ramavtalsupphandlingen för två typer av verksamheter; skyddade
verkstäder och leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig
integration. Leverantörerna har i det digitala anbudsdocumentet emellertid
inte avkrävts något svar på om de anser sig vara den ena eller andra typen
av verksamhet. Anbudsgivarna har fritt kunna lämna in beskrivningar och
dokument som styrker verksamhetskraven.

Det förhållande att bestämmelsen i 4 kap. 18 § LOU är relativt ny och
den osäkerhet som råder när det gäller begreppen ”skyddad verkstad”
och ”leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig
integration ...” gör att förfrågningsunderlaget i viss mån är oklart i
vilka krav som ställs på anbudsgivarna. Under upphandlingen har
Arbetsförmedlingen besvarat en fråga om vad som menas med
skyddad verkstad (fråga 26) och svarat att: *skyddad verkstad kan avse*

antingen en arbetsplats som är speciellt anpassad för personer med funktionsnedsättning eller en arbetsplats som är anpassad för personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden av andra skäl än en funktionsnedsättning. Osäkerheten i tolkningen av det begreppet kan därmed ha skingrats något.

Vilka kriterier Arbetsförmedlingen kommer använda sig av i sin bedömning av om verksamhetskraven i förfrågningsunderlaget 3.3 är uppfyllda eller ej framgår inte av förfrågningsunderlaget. I upphandlingsprotokollet och tilldelningsbeslutet står heller inget om myndigheten gjort någon bedömning av om leverantörernas verksamhet utgjort en skyddad verkstad eller inte.

Det finns inte några anvisningar för hur leverantörer som avser att anlita underleverantörer för leverans eller leverantörer som utgör en grupp av t.ex. sociala företag ska kunna uppfylla verksamhetskraven. Lydelsen i kravet 3.3 att leverantören ska utgöra en skyddad verkstad eller leverantör vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration ...” är även svårt att förstå i förhållande till definitionerna i avsnitt 1.1.5 där det anges att med leverantör avses förutom anbudsgivaren även eventuella grupper av leverantörer och underleverantörer. I det i målet aktuella anbudet har t.ex. Linde Bergslags församling, S:t Mary Lindesberg angetts i det digitala formuläret som leverantör och i de bifogade dokumenten ges en beskrivning av församlingens organisation och S:t Marys verksamhet. Ändå har Arbetsförmedlingen enbart utvärderat anbudet såsom kommande från församlingen.

Förfrågningsunderlagets krav i avsnitt 3.3 är därmed inte tillräckligt tydligt och förutsebart i fråga om vilka verksamheter som omfattas och hur verksamhetskraven ska uppfyllas, vilket har lämnat ett stort utrymme för olika tolkningar. Det blir även tydligt genom det faktum

att Arbetsförmedlingen i utvärderingen har ansett sig behöva utesluta närmare hälften av anbuden på den grund att det inte i anbudet är styrkt att leverantörens främsta syfte är social och yrkesmässig integration. Arbetsförmedlingen har sammantaget förbehållit sig ett stort tolkningsutrymme och även varit otydligt i sin utvärdering av kvalificeringskraven.

Enligt min mening är förfrågningsunderlaget i denna del därför så otydligt att det står i strid med de grundläggande principerna om öppenhet och likabehandling.

Verksamhetskravet

Bestämmelsen i 4 kap. 18 § LOU innehåller enligt min bedömning inte något hinder mot att en skyddad verkstad deltar i en reserverad upphandling såsom en del av en större verksamhet (såsom arbetsdriften inom den större verksamheten Kriminalvården) och att denna enhet eller arbetsplats deltar och ger in anbud med angivande av den större organisationens juridiska person och ställning. Församlingens och S:t Marys anbud hade därför inte bort diskvalificeras på denna grund.

S:t Mary har lidit skada av dessa brister i upphandlingen och överklagandet ska därför bifallas och upphandlingen göras om.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM

2020-03-11

Meddelad i Stockholm

Mål nr
26069-19**SÖKANDE**

Linde Bergslags församling, 252004-8485

Ombud: Advokaterna Amir Daneshpip och Christian Martinsson
Reuterman Advokatbyrå AB
Drottninggatan 22
411 14 Göteborg

MOTPART

Arbetsförmedlingen
113 99 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Arbetsförmedlingen genomför en upphandling benämnd Arbetsintegrerande övningsplatser 5 leveransområden Af-2019/0042 4286. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Upphandlingen är uppdelad i fem leveransområden där varje leveransområde enligt upphandlingsdokumentet ska uppfattas som en egen upphandling.

I punkt 3.3 i upphandlingsdokumentet anges bl.a. följande. Upphandlingen är reserverad för leverantörer som uppfyller nedanstående krav, vilka ska vara uppfyllda vid anbudslämning. Leverantören ska utgöra en skyddad verkstad eller vara en leverantör vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden (*verksamhetskrav*). Minst 30 procent av de som sysselsätts i den skyddade verkstaden, hos leverantören eller i programmet för skyddad anställning, är personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden (*andelskrav*). Anbudsgivaren ska styrka att denne är kvalificerad att delta i denna reserverade upphandling genom att bifoga till exempel stadgar, bodelsordning eller motsvarande styrdokument, årsredovisning eller annan lämplig dokumentation till anbudet. Dokumentationen ska visa att leverantören uppfyller såväl verksamhetskravet som andelskravet.

Linde Bergslags församling (församlingen) har lämnat anbud för leveransområde Örebro. Arbetsförmedlingen har bedömt att församlingens anbud inte uppfyller verksamhets- och andelskravet i punkt 3.3 i upphandlingsdokumentet och förkastat anbudet.

YRKANDEN

Församlingen ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas genom en ny utvärdering där anbudet från församlingen ska ingå. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Arbetsförmedlingen yrkar att ansökan ska avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grund av vad sökanden har framfört i målet finns grund för att ingripa mot upphandlingen enligt 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 sö-

kanden 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 (HFD 2013 ref. 53).

Enligt 4 kap. 18 § LOU får en upphandlande myndighet för en upphandling 1. reservera deltagandet för skyddade verkstäder eller för leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden, eller 2. föreskriva att ett kontrakt ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning. En förutsättning för att en leverantör ska få delta i en sådan upphandling är att minst 30 procent av dem som selsätts i den skyddade verkstaden, hos leverantören eller i programmet för skyddad anställning är personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden.

Genom 4 kap. 18 § LOU genomförs artikel 20.1 i direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet). Av förarbetena till paragrafen framgår bl.a. följande. När det gäller leverantörens syfte med verksamheten uppställer inte direktivet något krav på att leverantören ska ha en särskild associationsrättslig form eller företagsstruktur. Enligt direktivet ska social och yrkesmässig integration vara leverantörens främsta syfte. Det får därför inte råda några tveksamheter om att verksamhetens övergripande syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden. Bedömningen av om villkoren är uppfyllda ska göras utifrån det underlag som leverantören har gett in i form av exempelvis bolagsordning eller stadgar. Bedömningen av om andelskravet är uppfyllt ska göras i förhållande till leverantörens verksamhet i dess helhet (se prop. 2015/16:195 s. 461–462). Vidare anges i förarbetena att ordalydelserna i direktivets artiklar inte ger stöd för något annat än att kravet på verksamhetens syfte tar sikte på verksamheten i dess helhet.

Detta innebär att även om det rör sig om en leverantör där endast 30 procent av arbetstagarna är personer med funktionsnedsättning ska verksamheten i dess helhet ha det ovan beskriva syftet som det främsta syftet (se SOU 2014:51 s. 55).

Vad innebär verksamhetskravet?

Församlingen har framfört att Arbetsförmedlingen har gjort en felaktig bedömning avseende innebörden av verksamhetskravet. Förvaltningsrätten har därmed inledningsvis att pröva om Arbetsförmedlingens tolkning av verksamhetskravet (punkt 3.3 i upphandlingsdokumentet) är i enlighet med LOU.

Församlingen har i denna del anfört bl.a. följande. Församlingen bedriver verksamheten S:t Mary Lindesberg som är ett arbetsintegrerande socialt företag inom Svenska kyrkan under ett eget varumärke. Syftet och målet med verksamheten är att stötta människor som står långt ifrån arbetsmarknaden. Arbetsförmedlingens tolkning av verksamhetskravet, dvs. att kravet ska gälla hela den juridiska personens verksamhet och att det därför inte är möjligt att dela upp verksamheten, har inte stöd i LOU eller dess förarbeten. I förarbetena anges tydligt att det inte krävs att hela syftet med verksamheten är social och yrkesmässig integration utan att det som förenar leverantörerna är syftet med deras verksamheter, hela eller delar av dem.

Arbetsförmedlingen har satt likhetstecken mellan begreppet ”leverantör” och ”juridisk person” på grund av uppfattningen att verksamhetskravet omfattar hela den juridiska personens verksamhet. Leverantör i LOU motsvarar begreppet ekonomisk aktör i LOU-direktivet och ska därför tolkas mycket vitt. Arbetsförmedlingens tolkning innebärande att en leverantör måste vara en juridisk person, dvs. att en leverantör inte kan vara en verksamhet inom en juridisk person, är felaktig. Detta blir särskilt tydligt när det i LOU-

direktivet anges att andra former av enheter som inte är fysiska personer, alldeles oavsett om de är juridiska personer, offentliga eller privata, omfattas av begreppet ekonomisk aktör. Det framgår inte heller i direktivet att skyddade verkstäder eller sociala företag ska vara juridiska personer. En enhet som bedriver en viss verksamhet behöver inte heller vara en egen juridisk person för att klassificeras som ett företag. Ett företag kan mycket väl vara en del av en juridisk person. Detta innebär att en avgränsad enhet inom en juridisk person, där verksamheten skiljer sig från vad den juridiska personen gör i övrigt, ska klassificeras som en leverantör enligt 4 kap. 18 § LOU. Arbetsförmedlingens tolkning av begreppet leverantör har begränsat konkurrensen på ett otillbörligt sätt i strid med LOU.

Med den tolkning som Arbetsförmedlingen gör beträffande verksamhetskravet hade S:t Mary Lindesberg erhållit tilldelning om verksamheten hade bedrivits i en egen juridisk person. Detta innebär att potentiella anbudsgivare behöver se över sin organisationsstruktur och anpassa redan fungerade verksamheter. Detta kan inte ha varit lagstiftarens mening.

Arbetsförmedlingen har anfört bl.a. följande. Kravet i punkt 3.3 i upphandlingsdokumentet har formulerats i enlighet med 4 kap. 18 § LOU. Såväl LOU-direktivet som LOU och förarbetena till bestämmelsen ger stöd för att det är verksamheten som helhet som ska bedömas när det avgörs om verksamhetskravet är uppfyllt. I förarbetena används också begreppet övergripande syfte. Detta kan inte tolkas på annat sätt än att det är verksamheten som helhet som ska bedömas när det avgörs om verksamhetskravet är uppfyllt.

Möjligheten att reservera kontrakt innebär ett avsteg från likabehandlingsprincipen eftersom ett stort antal leverantörer inte kan komma ifråga för det aktuella kontraktet. Detta innebär en positiv särbehandling av vissa leverantörer. Mot den bakgrunden finns det skäl att göra en restriktiv tolkning av

vad som krävs för att uppfylla kraven för att vara ett socialt företag. Om det skulle vara möjligt för en leverantör att uppfylla verksamhetskravet genom att endast en mindre del av verksamheten uppfyllde kravet, skulle syftet med reserverade kontrakt riskera att gå förlorat. Ett företag skulle då kunna ha en enda person som har till sin uppgift att arbeta med social och yrkesmässig integration och definiera denna verksamhet som en egen enhet och på så sätt uppfylla kravet.

En verksamhetsdel omfattas inte heller av begreppet ekonomisk aktör enligt LOU-direktivet och kan därför inte betraktas som en leverantör i upphandlingsrättslig mening. Även om S:t Mary Lindesberg skulle vara en leverantör i upphandlingsrättslig mening, vilket bestrids, är det församlingen som har lämnat anbud varför det är församlingens verksamhet som ska bedömas. Det relevanta är således att avgöra om församlingens främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten konstaterar att verksamhetskravet i punkt 3.3 i upphandlingsdokumentet är ett obligatoriskt krav som leverantören måste uppfylla för att kunna kvalificeras i upphandlingen. Kravet är vidare till sin ordalydelse i överensstämmelse med bestämmelsen i 4 kap. 18 § LOU. Redan av bestämmelsens ordalydelse framgår att den avser bl.a. skyddade verkstäder och leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning och av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden. Det framgår vidare uttryckligen av förarbetena att det inte får råda något tvivel om att verksamhetens övergripande syfte är social och yrkesmässig integration av de grupper som anges i bestämmelsen. Bestämmelsen innebär att vissa leverantörer av sociala hänsyn får positivt särbehandlas och har som syfte att möjliggöra för de leverantörer

som åsyftas att tilldelas kontrakt som de annars skulle sakna möjlighet till att få under normala konkurrensförhållanden (jfr skäl 36 i LOU-direktivet). Med hänsyn till vad som anges i direktivet och förarbetena till lagen anser förvaltningsrätten att lagstiftarens syfte med verksamhetskravet måste vara att det ska gälla leverantörens verksamhet i sin helhet. Vad församlingen har anfört utgör inte skäl för en annan bedömning. Enligt förvaltningsrättens mening utesluter dock verksamhetskravet inte automatiskt leverantörer som även bedriver annan verksamhet, så länge leverantören kan visa att det främsta syftet med leverantörens verksamhet är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning och personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden.

Församlingen har även gjort gällande att Arbetsförmedlingen har gett begreppet leverantör en alltför snäv innebörd och att detta begränsar konkurrensen på ett otillbörligt sätt. Förvaltningsrätten konstaterar att det är församlingen som har gett in anbudet, varför frågan om verksamhetskravet är uppfyllt ska prövas mot församlingens hela verksamhet. Vad församlingen har anfört i denna del innebär således inte att det finns skäl för ingripande enligt LOU.

Är verksamhetskravets utformning i strid med LOU?

Församlingen har också framfört att upphandlingen ska göras om i det fall rättelse inte kan ske, på grund av att verksamhetskravet är otydligt och i strid med transparensprincipen. Förvaltningsrätten har därmed att pröva om utformningen av verksamhetskravet kan anses vara i strid med LOU mot bakgrund av vad församlingen har framfört.

Församlingen har anfört bl.a. följande. Det är oklart vilka leverantörer som kan anses uppfylla verksamhetskravet och på vilket sätt detta ska styrkas. Även om det är lagtexten i 4 kap. 18 § LOU som anges kan inte en otydlig

lagtext, införd som ett obligatoriskt krav i ett förfrågningsunderlag, anses uppfylla kravet på transparens. Det måste av förfrågningsunderlaget framgå vad det är som efterfrågas och vad som har betydelse för den bedömning som ska göras. Församlingens uppfattning är att Arbetsförmedlingen har varit osäker på hur punkt 3.3 i upphandlingsdokumentet och 4 kap. 18 § LOU ska förstås. För det fall Arbetsförmedlingen hade klargjort vad som avsetts med kravet hade anbudsgivarna kunnat anpassa sin verksamhet och upprättat ett anbud som hade uppfyllt verksamhetskravet. I förevarande fall har den otydliga kravformuleringen gett Arbetsförmedlingen ett stort utrymme för godtycklighet och i princip fri prövningsrätt.

Arbetsförmedlingen har anfört bl.a. följande. Verksamhetskravet i upphandlingsdokumentet är inte otydligt. Formuleringen av kravet är direkt hämtad från 4 kap. 18 § LOU och är således ingen formulering som Arbetsförmedlingen har tagit fram på egen hand. Av kravet går inte att utläsa att det är tillräckligt att en delverksamhet hos en leverantör har det aktuella syftet. Församlingen har inte heller ställt en fråga om detta under tiden för ”Frågor och svar”. Även om kravet skulle anses som något otydligt, måste även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade godtas under förutsättning att det inte bryter mot de principer som bär upp det upphandlingsrättsliga regelverket.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Kraven i punkt 3.3. i upphandlingsdokumentet anger de förutsättningar som måste vara uppfyllda för att få lämna anbud i en reserverad upphandling såsom de anges i 4 kap. 18 § LOU. Det framgår även tydligt att leverantören ska visa att kraven uppfylls genom att bifoga exempelvis stadgar, bolagsordning, årsredovisning eller liknande dokument. Verksamhetskravet kan

enligt förvaltningsrättens mening inte anses stå i strid med transparensprincipen. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt LOU mot bakgrund av vad församlingen har anfört i denna del.

Uppfyller församlingen verksamhets- och andelskravet?

Församlingen har för att visa att kraven uppfylls, till sitt anbud bifogat dokumenten ”Uppfyllelse av krav i punkten 3.3 reserverad upphandling”, ”Vad är S:t Mary Lindesberg”, ”Verksamhetsberättelse för S:t Mary Lindesberg 2018” och ”Checklista MARY version april 2019”. Samtliga dokument gäller församlingens verksamhet S:t Mary Lindesberg. Av dokumentet som avser verksamhetsberättelsen framgår bl.a. att S:t Mary fungerar som ett arbetsintegrerat socialt företag eller en skyddad verkstad inom församlingen. Vidare framgår att målgruppen är personer som står långt ifrån arbetsmarknaden och att verksamheten har till uppdrag att stärka och upprätta människor till egenmakt så att de kommer närmare försörjning.

Frågan är om församlingen genom de till anbudet bifogade dokumenten visat att verksamhets- och andelskravet i punkt 3.3 i upphandlingsdokumentet är uppfyllt.

Församlingen har anfört bl.a. följande avseende kravens uppfyllelse. Församlingens arbetsintegrerande sociala företagsverksamhet S:t Mary Lindesberg utgör en leverantör i LOU:s mening. Verksamhets- och andelskriterierna i 4 kap. 18 § LOU ska bedömas i förhållande till den verksamhet som S:t Mary Lindesberg bedriver och inte övriga verksamheter som församlingen bedriver i egenskap av juridisk person. Det är ovidkommande huruvida församlingen även bedriver annan verksamhet, som inte omfattas av verksamhetskravet. Församlingen har genom de bifogade dokumenten visat att verksamhets- och andelskravet uppfylls. Verksamheten inom S:t Mary

Lindesberg går även i linje med såväl det bakomliggande skälet till bestämmelsen om reserverade upphandlingar, regeringens handlingsplan med tillhörande krav och de krav som ställs i punkt 3.3 i upphandlingsdokumentet.

S:t Mary Lindesberg kan mycket väl även utgöra en skyddad verkstad. I svar på fråga 26 i "Frågor och svar" har Arbetsförmedlingen bl.a. angett att en skyddad verkstad kan avse en arbetsplats som är speciellt anpassad för personer med funktionsnedsättning men att det också kan vara en arbetsplats anpassad för personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden av andra skäl än en funktionsnedsättning. Detta är Arbetsförmedlingens definition av skyddad verkstad och som utgör en del av förfrågningsunderlaget. På motsvarande sätt skulle S:t Mary Lindesberg kunna utgöra en skyddad verkstad.

Arbetsförmedlingen har anfört bl.a. följande. Dokumenten som församlingen bifogat sitt anbud handlar om verksamheten S:t Mary Lindesberg, som endast är en del av församlingens verksamhet. Av de bifogade handlingarna framgår inte att församlingens främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden eller att den skulle utgöra en skyddad verkstad. Att hela församlingens verksamhet skulle utgöra en skyddad verkstad eller ett socialt företag har inte heller påståtts av församlingen.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten noterar att församlingen framfört att det är verksamheten S:t Mary Lindesberg som uppfyller verksamhets- och andelskravet. Även de dokument som har bifogats anbudet, i syfte att styrka kravens uppfyllelse, avser verksamheten S:t Mary Lindesberg. Som ovan angetts ska emellertid leverantörens främsta syfte vara social och yrkesmässig integration av de

grupper som anges i bestämmelsen. Att församlingens hela verksamhet skulle uppfylla verksamhetskravet har inte påståtts av församlingen och framgår inte heller av de handlingar som bifogats anbudet. Eftersom det är församlingen som i egenskap av leverantör har lämnat anbud anser förvaltningsrätten att det i målet inte är visat att leverantörens främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden.

Församlingen har vidare angett att verksamheten S:t Mary Lindesberg mycket väl kan vara en skyddad verkstad. Förvaltningsrätten konstaterar att det varken i lag eller förarbeten finns någon definition av vad en skyddad verkstad är. Förvaltningsrätten anser dock att församlingen genom det underlag som bifogats anbudet inte visat att församlingens verksamhet utgör en skyddad verkstad i enlighet med LOU.

Eftersom de bifogade dokumenten inte visar att församlingens verksamhet utgör ett socialt företag eller en skyddad verkstad, uppfyller församlingen inte heller andelskravet om att 30 procent av de som sysselsätts inom verksamheten ska vara personer inom den avsedda målgruppen. Det finns därmed inte grund för ingripande mot bakgrund av vad församlingen har anfört avseende kravens uppfyllelse.

Sammanfattning

Sammantaget anser förvaltningsrätten att församlingens anbud inte kan anses uppfylla kraven i punkt 3.3 i upphandlingsdokumentet och att kraven är förenliga med LOU. Arbetsförmedlingen har därmed rätteligen förkastat anbudet. Församlingen kan inte heller anses ha lidit eller riskerat att lida skada. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Johan Lundmark
Chefsrådman

Föredragande juristen Narin Demirel har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag (söndagsregeln).

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

I mål om överprövning enligt lagen (2011:1029) om om upphandling på försvars- och Säkerhetsområdet, lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Vid beräkningen av de tio dagarna gäller söndagsregeln. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16:e eller 20:e kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.