

Ref 48

En anbudsgivare kan inte kvalificera sig i en reserverad upphandling genom att hänvisa till att en viss organisatorisk enhet inom anbudsgivaren utgör en skyddad verkstad eller ett socialt företag.

1 kap. 16 § och 4 kap. 18 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 6 september 2021 följande dom (mål nr 5671-20).

Bakgrund

1. En offentlig upphandling ska genomföras på ett sådant sätt att leverantörer behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. En upphandling får därför inte utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

2. Av sociala skäl kan en upphandling reserveras 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, s.k. sociala företag. Den skyddade verkstaden eller det sociala företaget ska till viss andel, minst 30 procent, sysselsätta personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden.

3. Arbetsförmedlingen genomför en upphandling av ramavtal genom ett s.k. förenklat förfarande. De tjänster som upphandlingen avser är arbetsförberedande insatser för arbetssökande som är inskrivna på Arbetsförmedlingen och som har stort behov av stöd för att komma in på arbetsmarknaden. Upphandlingen är reserverad för skyddade verkstäder och sociala företag.

4. Linde Bergslags församling lämnade anbud i upphandlingen och angav följande. Avtalet ska fullgöras av S:t Mary Lindesberg. S:t Mary bedriver arbetsintegrerande verksamhet inom Svenska kyrkan och finns på flera orter, bl.a. i Lindesberg. S:t Mary Lindesberg är en självständig organisatorisk enhet inom församlingen och uppfyller kraven för att få delta i den reserverade upphandlingen.

5. Arbetsförmedlingen menade att det var församlingens hela verksamhet, inte enbart det arbete som enheten S:t Mary Lindesberg bedriver, som skulle uppfylla kraven för att få delta i upphandlingen eftersom det var församlingen som hade lämnat anbudet. Församlingen ansågs inte uppfylla dessa krav.

6. Församlingen ansökte hos Förvaltningsrätten i Stockholm om överprövning av upphandlingen och anförde följande. En leverantör behöver inte vara en egen juridisk person utan kan vara en organisatorisk enhet inom en sådan. Av anbudet framgår att det är S:t Mary Lindesberg som ska fullgöra avtalet. Den omständigheten att församlingen i formell mening har lämnat anbudet ändrar inte det förhållandet att det är en viss enhet inom församlingen, S:t Mary Lindesberg, som är leverantör i upphandlingsregelverkets mening. Prövningen ska därför avse om S:t Mary Lindesberg uppfyller kraven.

7. Förvaltningsrätten avslog ansökan om överprövning. Förvaltningsrätten konstaterade att det är församlingen som har lämnat anbudet och att kraven för att få delta i den reserverade upphandlingen därför ska prövas mot församlingens hela verksamhet.

8. Kammarrätten i Stockholm avslog församlingens överklagande dit. Kammarrätten ansåg att en verksamhetsdel inom en juridisk person saknar möjlighet att förvärva rättigheter och skyldigheter och därför inte kan betraktas som en leverantör. Vidare ansåg kammarrätten att det inte är möjligt för en leverantör att uppfylla kraven för att få delta i en reserverad upphandling genom att hänvisa till en organisatorisk enhet inom leverantören. En sådan ordning skulle göra det möjligt för leverantörer som har möjlighet att tilldelas avtal under normala konkurrensförhållanden att kvalificera sig i reserverade upphandlingar genom att skapa verksamhetsdelar som uppfyller kraven.

Yrkanden m.m.

9. *Linde Bergslags församling* yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen ska besluta, 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. Dessutom yrkar församlingen att Högsta förvaltningsdomstolen ska hämta in ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

10. Församlingen anför följande. Regelverket hindrar inte att en skyddad verkstad eller ett socialt företag deltar i en reserverad upphandling såsom varande en enhet inom en större organisation och att enheten ger in anbud med angivande av den större organisationens juridiska person och ställning. I detta ligger att en leverantör kan kvalificera sig i en reserverad upphandling med hänvisning till att en organisatorisk enhet inom leverantören utgör en skyddad verkstad eller ett socialt företag.

11. *Arbetsförmedlingen* anser att överklagandet ska avslås.

Skälen för avgörandet*Frågan i målet*

12. Frågan i målet gäller förutsättningarna för en anbudsgivare att kvalificera sig i en reserverad upphandling när anbudsgivaren har angett att avtalet ska fullgöras av en organisatorisk enhet inom anbudsgivaren och att den enheten utgör en skyddad verkstad eller ett socialt företag.

Rättslig reglering m.m.

13. Enligt 1 kap. 16 § första stycket lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, avses med leverantör den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader. Med leverantör avses också, enligt andra stycket, grupper av leverantörer.

14. Bestämmelsen genomför artikel 2.10 i direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling (2014 års direktiv). I artikeln definieras ekonomisk aktör som varje fysisk eller juridisk person, offentlig enhet eller grupp av sådana personer och/eller enheter, inbegripet tillfälliga företagssammanslutningar, som erbjuder sig att utföra byggentreprenader och/eller byggnadsverk, leverera varor eller tillhandahålla tjänster på marknaden. Uttrycket ekonomisk aktör motsvaras i den svenska lagstiftningen av uttrycket leverantör.

15. I skäl 14 i direktivet anges följande. Det bör klargöras 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.

16. I 4 kap. 18 § första stycket LOU anges att en upphandlande myndighet får för en upphandling 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 föreskriva att ett kontrakt ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning. I andra stycket anges att en förutsättning för att en leverantör ska få delta i en upphandling enligt första stycket är att minst 30 procent av dem 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. Bestämmelsen genomför artikel 20.1 i 2014 års direktiv.

17. Av 7 kap. 1 § LOU följer att en upphandlande myndighet får ingå ramavtal om den använder något av upphandlingsförfarandena i lagen.

18. Av 19 kap. 2 § följer att bestämmelserna i 1 kap. 16 §, 4 kap. 18 § och 7 kap. 1 § är tillämpliga även vid upphandlingar som genomförs som ett förenklat förfarande enligt 19 kap.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

19. För bedömningen av de frågor som aktualiseras i målet finns tillräcklig vägledning. Det saknas därför skäl att hämta in förhandsavgörande från EU-domstolen.

20. Linde Bergslags församling gör gällande att det är S:t Mary Lindesberg som ska fullgöra avtalet och som därför är leverantör i upphandlingsregelverkets mening och att det förhållandet att församlingen i formell mening har lämnat anbudet inte förändrar detta. Arbetsförmedlingen gör motsatt bedömning.

21. Den första fråga som Högsta förvaltningsdomstolen har att ta ställning till är således vem av församlingen och S:t Mary Lindesberg som ska anses vara leverantör i den aktuella upphandlingen. Avgörande i detta avseende är innebörden av begreppet leverantör i lagen om offentlig upphandling, som alltså motsvarar begreppet ekonomisk aktör i 2014 års direktiv.

22. Av artikel 2.10 och skäl 14 i direktivet följer att begreppet ekonomisk aktör ska ges en vid tolkning och att den juridiska formen inte är avgörande. I princip får således alla fysiska och juridiska personer samt grupper av och enheter inom sådana personer delta i upphandlingsförfaranden. Av EU-domstolens praxis följer också att varje person eller enhet som, med beaktande av de villkor som uppställs i ett meddelande om offentlig upphandling, anser sig vara lämpad att direkt eller genom att använda sig av underleverantörer säkerställa att avtalet genomförs, får lämna anbud (jfr t.ex. CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, punkt 42 och Parsec Fondazione, C-219/19, EU:C:2020:470, punkterna 20–22).

23. Inte heller avseende reserverade upphandlingar ställs det upp några krav på att en skyddad verkstad eller ett socialt företag ska ha en särskild associationsrättslig form eller struktur. Krav ställs endast avseende verksamhetens inriktning och vilka grupper som sysselsätts inom denna (artikel 20.1 i 2014 års direktiv).

24. Begreppet leverantör i lagen om offentlig upphandling ska ges motsvarande vidsträckt tolkning. Det är således en vid och disparat krets av aktörer som, oberoende av hur de är organiserade, kan vara leverantörer. Ingenting hindrar därmed att t.ex. en organisatorisk enhet inom en juridisk person lämnar anbud i en

upphandling och alltså är en leverantör i upphandlingsregelverkets mening.

25. En annan sak är att en upphandlande myndighet behöver utforma bl.a. kvalificeringskraven så att alla leverantörer – oavsett organisationsform – har möjlighet att lämna anbud i upphandlingen på likvärdiga villkor. En leverantör behöver också skaffa sig information om upphandlingen i syfte att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud och kan, om den tilldelas ett avtal, behöva vidta olika arrangemang för att avtalet ska kunna fullgöras.

26. Mot denna bakgrund saknas det enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening skäl att när det gäller ett visst anbud betrakta någon annan än den som faktiskt har lämnat anbudet som leverantör.

27. I den aktuella upphandlingen är det Linde Bergslags församling som har lämnat anbud och som därför är leverantör i upphandlingen, inte S:t Mary Lindesberg. Det förhållandet att anbudet i och för sig skulle ha kunnat lämnas av S:t Mary Lindesberg saknar härvidlag betydelse.

28. Nästa fråga som Högsta förvaltningsdomstolen har att ta ställning till är om församlingen kan kvalificera sig i den reserverade upphandlingen med hänvisning till att S:t Mary Lindesberg utgör en skyddad verkstad eller ett socialt företag och att det är den enheten som ska fullgöra avtalet.

29. Genom bestämmelserna i 4 kap. 18 § LOU om reserverade upphandlingar tillåts av sociala skäl en positiv särbehandling av vissa leverantörer. Syftet med regleringen är att de aktuella leverantörerna ska ges en möjlighet att tilldelas avtal under förutsättningar som inte skulle gälla vid normala konkurrensförhållanden.

30. För att säkerställa detta syfte måste enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening de krav som ställs för att kvalificera sig i en upphandling gälla leverantören som sådan. Den leverantör som lämnar ett anbud i en reserverad upphandling ska alltså, för att kvalificera sig, vara en skyddad verkstad eller ett socialt företag samt ha en tillräckligt hög sysselsättningsgrad beträffande personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden (jfr prop. 2015/16:195 s. 461 f.).

31. Det har inte gjorts gällande att verksamheten vid Linde Bergslags församling är sådan att församlingen uppfyller kraven för att få delta i den reserverade upphandlingen. Arbetsförmedlingen har därför haft fog för att diskvalificera församlingen från deltagande. Överklagandet ska således avslås.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen avslår yrkandet om att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen.

Högsta förvaltningsdomstolen avslår överklagandet.

I avgörandet deltog justitieråden *Jermsten*, *Svahn Starrsjö*, *von Essen*, *Rosén Andersson* och *Anderson*. Föredragande var justitiesekreteraren Sara Westerlund.

Förvaltningsrätten i Stockholm (2020-03-11, Lundmark):

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.

[text här utelämnad]

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 direktiv 2014/24/EU, 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.

[text här utelämnad]

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.

[text här utelämnad]

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. – Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Kammarrätten i Stockholm (2020-09-28, *Hedin [skiljaktig], Åberg och Norman Amanatidou*):

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 byggtreprenader, 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 uppfyllda (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 upphandlingsdirektivets 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.

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.

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

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. – Kammarrätten avslår överklagandet.

Hedin var skiljaktig och anförde:

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 anbudsdokumentet 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 anbuderna 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

HFD 2021

Ref 48

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.