

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM

2019-05-03

Meddelad i Stockholm

Mål nr

7309-19

SÖKANDE

NGS Group AB, 556535-1128

Kungsgatan 12

111 35 Stockholm

MOTPART

Sundbybergs stad

Upphandlingsenheten

172 92 Sundbyberg

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
20190503	
AVG	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om editionsföreläggande.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning

Dok.Id 1095742

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

E-post: avd31.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Sundbybergs stad (staden) genomför upphandlingen ”Ramavtal- Upphandling av vikarier bl.a. för framtida personalförsörjning, 2018-164 FN-0189 2018”. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Staden har i tilldelningsbeslut den 19 mars 2019 meddelat att annan anbudsgivare än NGS Group AB (NGS) kommer att tilldelas avtal.

NGS ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Vidare yrkar bolaget edition gällande de handlingar som belagts med sekretess. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Det är inte möjligt att utifrån tilldelningsbeslutet bedöma om staden har utvärderat de inkomna anbuderna korrekt. I utvärderingsprotokollet ”Utvärderingsmall Pris-Kvalitet och Kvalificeringsrapport” som samtliga anbudslämnare har fått ta del av har anbudsgivarna endast fått se jämförelsetal/betyg. Dessa bygger på en utvärdering av kvalitetskriterier. NGS har begärt ut övriga anbudsgivares handlingar i upphandlingen men fått till svar att samtliga anbud är belagda med sekretess. Offentlighets- och transparensprincipen bör gälla vid utvärderingen av anbud. Stadens beslut om att sekretessbelägga hela anbud medför att det inte är möjligt för NGS att bedöma om staden har utvärderat inkomna anbud korrekt. Detta innebär ett åsidosättande av 4 kap. 1 § LOU.

NGS skulle t.ex. vilja se hur staden har bedömt anbuderna vid utvärderingen av följande punkter;

- Övertagande av personal–Matrisen i anbudet för begäran av pris för rekrytering/övertagande av personal 2.6.8.3 b. Summan adderas i sin helhet på det totala jämförelsetalet och detta skapar en väsentlig

skillnad mot övriga anbudslämnare. Det föreligger en oseriös möjlighet för anbudsgivare att lämna onormalt lågt pris.

- Auktoriserat bemanningsföretag/rekryteringsföretag eller liknande 2.6.8.4.4. Vad är det som skiljer de olika poäng som upphandlaren har bedömt anbudsgivaren efter i frågan om anslutning till auktoriserat bemanningsföretag/rekryteringsföretag eller liknande. Kan anslutning till en arbetsgivarorganisation där kollektivavtal och arbetsrättsliga frågor hanteras i centrala avtal godtyckligt graderas av en upphandlande myndighet i en utvärdering och vad skiljer i bedömningen.

NGS har lidit skada på så sätt att det finns en risk att bolaget inte har behandlats korrekt vid utvärderingen och att bolaget inte har möjlighet att ta tillvara bolagets rättigheter då de inte har fått tillgång till övriga anbud. Det finns även en risk att bolaget felaktigt inte har tilldelats avtalet och därmed tappat affärer och omsättning.

Staden anser att NGS ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. I den aktuella upphandlingen har fem av sex anbudsgivare med hänvisning till 31 kap. 16 § offentlighet- och sekretesslagen (2009:400), OSL, begärt sekretess gällande uppgift om en enskilds affärs- eller driftförhållanden. NGS har varit en av de anbudsgivare som har begärt sekretess. Dessa anbudsgivare har motiverat begäran om sekretess på likartade sätt. I upphandlingen har utvärdering skett utifrån anbudsgivarens arbetsmetoder, processer och modeller. Staden har gjort en självständig sekretessbedömning vid inkommen begäran om utlämnande av allmänna handlingar och har utifrån detta godtagit anbudsgivarnas begäran om sekretess. Staden bedömer att ett offentliggörande av uppgifter om dessa företagsmetoder, processer och modeller skulle medföra en stor risk att anbudsgivarna lider skada, både ur ett konkurrensperspektiv och ur ett ekonomiskt perspektiv. Staden befarade även att ett utlämnande av de

aktuella handlingarna hade riskerat att urholka det vinnande företags affärsmodell till förmån för konkurrenter, vilket i förlängningen hade kunnat snedvrída konkurrensen på den aktuella marknaden. Stadens ställningstagande baseras på förarbetena till den nuvarande bestämmelsen i OSL samt på den praxis som finns på området.

Vad gäller utvärderingen av avsnittet "Överlåtande av personal" kan följande anges. Ett av huvudsyftena med upphandlingen är att säkra framtida försörjning av personal till skolan i kommunen. Det är en medmålsättning för staden att flertalet av avropade uppdrag ska utföras av personal under utbildning på lärarhögskola/universitet. Detta för att möjliggöra möten mellan skola i staden och lärarstudenter samt högskolestuderande och på detta sätt skapa förutsättningar för kommande rekryteringar. Av de anbud som inkom hade fyra av anbudena prissatt övertagande av vikarier med 0 kr och en anbudsgivare hade prissatt med 1 kr. Den omständigheten att NGS var den enda anbudsgivaren som lämnade ett högre anbudspris i denna del innebär inte att det per automatik finns anledning att anta att de övriga anbudena skulle vara onormalt låga. Den eventuella kostnaden som företagen har haft för att rekrytera personal för uthyrning täcks upp under den tid som den aktuella lärarstudenten har arbetat som uthyrd vikarie. Det finns därför ingen anledning att anta att ett lågt anbudspris i denna del skulle innebära att det finns en risk för att tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter inte skulle uppfyllas.

Vad gäller utvärderingen av auktoriserat bemannings- och rekryteringsföretag eller liknande kan följande anges. Företag i branschen är inte sällan auktoriserade både som bemannings- och rekryteringsföretag. I brödtexten framgår att staden, för att premiera och säkerställa hög kvalitet ger anbudsgivare ett mervärde om anbudsgivaren är auktoriserad. Utvärderingen av kvaliteten gällande auktorisering ger 100 poäng för bedömningen bästa

tänkbara och 80 poäng för bedömningen mycket bra. NGS har genom att de innehar en auktorisation uppnått mervärdet 80 poäng.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrättens prövning utgör därmed en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen.

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 gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Inhämtande av handlingar

Av 20 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, framgår att bestämmelserna om edition i 38 kap. 8 § rättegångsbalken ska tillämpas. I den bestämmelsen anges följande. Om en allmän handling kan antas ha betydelse som bevis, får rätten besluta att handlingen ska tillhandahållas. Detta gäller inte en handling genom vars företeende yrkeshemlighet skulle uppenbaras, med mindre synnerlig anledning förekommer.

Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2015 ref. 55 uttalat att det väl kan krävas att part klart anger på vilka omständigheter denne grundar sin talan liksom den bevisning som åberopas. Om part emellertid utan framgång hos den upphandlande myndigheten begärt att få ta del av uppgifter som denne önskar åberopa till stöd för sin talan ankommer det på domstolen att pröva om uppgifterna krävs för att domstolen ska kunna utsätta förfarandet för en effektiv granskning. Om så befinns vara fallet, måste domstolen anses vara skyldig att inom ramen för sitt utredningsansvar fordra in uppgifterna från den upphandlande myndigheten.

Domstolarnas utredningsansvar framgår av 8 § FPL. Av bestämmelsen framgår att rätten ska se till att målet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver.

Förvaltningsrätten konstaterar att NGS har försökt att ta del av inlämnade anbud i upphandlingen hos staden. NGS har gjort gällande att de delar av anbuden som yrkandet avser bl.a. är avsnitten ”Övertagande av personal-Matrisen i anbudet för begäran av pris för rekrytering/övertagande av personal 2.6.8.3 b” samt ”Auktoriserat bemannings- och rekryteringsföretag eller liknande 2.6.8.4. 4”. NGS har gjort gällande att syftet med begäran är

att bolaget ska kunna kontrollera om stadens utvärdering av anbuden är korrekt då det enligt NGS bl.a. finns en möjlighet för anbudsgivare att lämna onormalt lågt pris. Enligt NGS finns en risk att bolaget lidit skada.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i mål om överprövning enligt LOU ankommer på den sökande att på ett klart sätt ange vilka omständigheter talan grundas på. Förvaltningsrätten bedömer att NGS inte har åberopat några sådana konkreta omständigheter som medför en skyldighet för domstolen att utifrån sitt utredningsansvar begära in efterfrågade uppgifter från staden.

Förvaltningsrätten har därmed att pröva om det, utifrån vad NSG har anfört, finns skäl för att förelägga staden att inkomma med de av bolaget begärda handlingarna. En första förutsättning för att edition ska medges är att handlingarna kan antas ha betydelse som bevis. I detta ligger att edition inte medges när syftet är att sökanden ska få möjlighet att bedöma vilka grunder som bör åberopas (jfr Ekelöf m.fl., Rättegång IV, 7 uppl., s. 264 f). Syftet med editionsyrkandet är enligt NGS att bl.a. kontrollera om stadens utvärdering av anbuden är korrekt. Bolaget har dock inte angett någon närmare omständighet som talar för att utvärderingen av anbuden inte har skett korrekt. Förvaltningsrätten anser att NGS inte på ett konkret sätt har angett vilka omständigheter som ska styrkas med beviset. Vid angivna förhållanden anser förvaltningsrätten att det inte finns skäl för att medge edition. NGS yrkande om edition ska därför avslås.

NGS invändningar i sak

Förvaltningsrätten konstaterar att det är NGS som ska visa att det finns grund för ingripande enligt LOU och att domstolens prövning begränsas till de grunder som bolaget har åberopat. NGS har inte angett några konkreta omständigheter till stöd för sin talan. Förvaltningsrätten anser att NGS, mot

bakgrund av vad bolaget har anfört och åberopat, inte har visat att upphandlingen har skett i strid med LOU. Det saknas därmed skäl för ingripande av upphandlingen. NGS ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR- 05).

Marcus Edelgård
Rådman

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 nyårsafton, 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 avisar 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.