



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Föredraganden
 Antonia Eriksson

DOM
 2019-09-19
 Meddelad i Falun

Mål nr
 2716-19

SÖKANDE

Upphandlingsbyrån i Hälsingland, 559174-9733
 Hamre 304
 824 91 Hudiksvall

MOTPART

Kommunalförbundet Inköp Gävleborg
 826 80 Söderhamn

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
20190920	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Upphandlingsbyrån i Hälsingland AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 258883

Postadress
 Box 45
 S-791 21 Falun

Besöksadress
 Kullen 4

Telefon
 023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se
 www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se

Telefax
 023-383 00 80

Expeditionstid
 måndag–fredag
 08:00–12:00
 13:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Kommunalförbundet Inköp Gävleborg genomför en upphandling av ett ramavtal avseende bemanningstjänster inom 26 olika yrkesgrupper, bl.a. upphandlare. Upphandlingen, Bemanningstjänster för Gävleborg med ärendenummer 7368, genomförs genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Tilldelningsbeslut fattades den 22 maj 2019 varvid bl.a. Upphandlingsbyrån i Hälsingland AB antogs som upphandlare. Den 28 maj 2019 beslutade Inköp Gävleborg att ändra tilldelningsbeslutet innebärande bl.a. att avtal inte kommer att tecknas med Upphandlingsbyrån i Hälsingland AB eftersom bolagets referenser inte bedöms vara bemanningsuppdrag.

Upphandlingsbyrån i Hälsingland AB (Upphandlingsbyrån) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att rättelse sker avseende anbudsområdet upphandlare på så sätt att upphandlingen inte får avslutas förrän Upphandlingsbyråns anbud utvärderats samt att Ecenea Procurement AB:s (Enecea) anbud förkastas. I andra hand yrkar Upphandlingsbyrån att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om. Upphandlingsbyrån anför i korthet följande. Eneceas ena referensuppdrag är för Sundsvalls kommun. Dem emellan finns ett giltigt ramavtal varför det föreligger jäv och referensuppdraget ska därför bortses från, vilket innebär att referenslistan är ofullständig och anbudet ska förkastas. Upphandlingsbyrån har angivit efterfrågade uppgifter avseende referensuppdrag och uppfyller därmed kravet avseende branschfarenhet. Om Eneceas referenser bedöms uppfylla kvalificeringskravet avseende referensuppdrag för liknande uppdrag ska även Upphandlingsbyrån accepteras som ”liknande uppdrag”. Därtill strider kravställningen mot transparensprincipen, proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen.

Region Gävleborg anser att Upphandlingsbyråns ansökan om överprövning ska avslås och anför korthet följande. Ecenea är inte i en affärsberoende ställning till Sundsvalls kommun. Det som efterfrågas i upphandlingen är erfarenhet av bemanning. Upphandlingsbyrån har bl.a. angett Inköp Gävleborg som referens. Inköp Gävleborg är ingen bemanningsfunktion utan en upphandlande myndighet i ett kommunalförbund. Eceneas referenser avser däremot bemanningsuppdrag. Upphandlingsdokumentet strider inte heller mot LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förutsättningar för förvaltningsrättens prövning

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Upphandlingsbyrån har anfört är visat att Inköp Gävleborg har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har lett till att Upphandlingsbyrån har eller kan komma att lida skada (20 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantörer än vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. En upphandlande myndighet har dock stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna i 4 kap. 1 § LOU (jfr HFD 2012 ref. 48). Vid denna bedömning prövas om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträlvade syftet, dvs. att det inte finns något mindre ingripande alternativ, och om den negativa effekt som

kravet får för det intresse eller den rättighet som kravet inskränker är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Transparensprincipen innebär bl.a. att ett upphandlingsdokument ska vara utformat på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (se mål C-19/00, SIAC Construction, p. 42). Den upphandlande enhetens krav ska ha angetts på ett sätt som är tillräckligt för att en leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av förfrågningsunderlaget även om vissa brister och oklarheter får godtas. Principerna om likabehandling och transparens innefattar ett krav på att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen (se RÅ 2002 ref. 50).

Likabehandlingsprincipen är en följd av principen om icke-diskriminering. Principen innebär att samtliga leverantörer ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn. Förutom att lika situationer inte får behandlas olika, får olika situationer inte behandlas lika, om det inte finns sakliga skäl för det (se bl.a. prop. 2006/07:128 s. 155).

Vad parterna anför

Upphandlingsbyrån anför i huvudsak följande. Av 3.1.2 Teknisk förmåga och kapacitet framgår att anbudsgivare ska ha branschfarenhet. Bevis på detta ska vara tre (3) referenser från liknande uppdrag och förteckning över uppdrag som genomförts. Av kravet 4.19 Upphandlare tydliggörs även att det är en ytterst kvalificerad tjänst som upphandlas, endast "Nivå 3 – Kvalificerad konsult" som är den högsta nivån på kompetens till skillnad från övriga yrkeskategorier där flera olika nivåer efterfrågas. Kravet

avseende referenser i upphandlingen ska således rimligen i första hand styrka branschfarenhet som upphandlare, oavsett om arbete utförs på plats hos beställare och/eller på distans. Det vill säga att anbudsgivaren ska styrka branschfarenhet vilket i detta fall utgör upphandlingskompetens enligt anbudsområde "Upphandlare". Av upphandlingsdokument framgår också att för referensuppdrag för nystartade företag accepteras nyckelpersoners referensuppdrag från tidigare anställning. Upphandlingsbyrån har angivit efterfrågade uppgifter angående referensuppdrag och uppfyller därmed ställda krav avseende branschfarenhet. Två av referenserna utgörs av Inköp Gävleborg och dess beställare, alltså beställare i denna upphandling, och den tredje, Fastighets AB Gylis som också är en nuvarande kund/beställare till Inköp Gävleborg. Upphandlingsbyråns referensuppdrag har utförts på plats hos beställare i olika moment, ex. referensgruppsmöten, leverantörsdialoger, uppstartsmöten, avtalsuppföljningsmöten osv.

Om två av Eceneas referensuppdrag anses uppfylla kraven måste Upphandlingsbyråns referensuppdrag också anses uppfylla kraven. En av Eceneas referenser, Uppsala kommun Skolfastigheter AB, har i mail till Upphandlingsbyrån uppgett att de inte har behov av bemanning utan bara avropat rena konsulttjänster. Även fakturor från perioden specificerar enskilda upphandlingsuppdrag och inte bemanning. Eceneas referensuppdrag för Sundsvalls kommun har i anbudet även beskrivits som "bemanning på distans", vilket styrker att uppdraget omfattar upphandlingskonsulttjänster som inte kan likställas med "bemanningsuppdrag" där syftet är att bemanna på plats. Eftersom Eceneas uppdrag bevisligen omfattar upphandlingskonsulttjänster och inte bemanning men ändå har bedömts uppfylla kvalificeringskravet avseende referensuppdrag för liknande uppdrag så ska rimligen även Upphandlingsbyråns referensuppdrag accepteras som "liknande uppdrag". Den referensperson som Inköp Gävleborg hänvisar till för Sundsvalls kommun är inte den som anges i anbudet och att byta referensperson är inte förenligt med upphandlingsreglerna. Det är

anmärkningsvärt att i efterhand kontrollera referenser genom en ledande fråga i ett SMS, som Inköp Gävleborg har gjort.

Upphandlingsdokument ska vara så tydligt formulerade att anbudsgivare kan utläsa vilka krav som ställs för att en anbudsgivare ska vara kvalificerad. Om ”liknande uppdrag” ska anses vara bemanningsuppdrag är kravet inte transparent. Det är omöjligt att under anbudstiden förutse vad kravställningen avser när upphandlande myndighet efter anbudstidens utgång och efter att tilldelningsbeslut meddelats definierar begreppen upphandlare, bemanning och upphandlingskonsult. Kravställningen avseende referensuppdraget är också oproportionerlig och icke lika-behandlande. Genom att enbart tillåta referensuppdrag som avser bemanning utestängs nystartade företag utan referenser avseende specifikt bemanning

Inköp Gävleborg anför i huvudsak följande. Upphandlingen avser bemanningstjänster vilket också framgår av namnet på upphandlingsärendet, Bemanningstjänster för Gävleborg. Av såväl upphandlingsdokumentet som av Frågor och svar framgår att det som efterfrågas är erfarenhet av bemanning. Inköp Gävleborg, som Upphandlingsbyrån har angett som referens, är ingen bemanningsfunktion utan en upphandlande myndighet i ett kommunalförbund. Bemanning är att ta in resurser vid planerad/ oplanerad frånvaro av egna anställda. Upphandlingskonsult innebär att man tar uppdrag som inte ordinarie personal utför hos beställaren eller uppdrag hos beställare som inte har anställda upphandlare. Den konversation som Upphandlingsbyrån har redovisat med Eceneas referensperson är inte den referensperson som har angetts för referensuppdraget med Uppsala Skolfastigheter AB. Av den konversation som Upphandlingsbyrån har redogjort för framgår att Skolfastigheter AB har rena konsulttjänster för upphandlare vid oförutsedda händelser. Den rätta referenspersonen har bekräftat att Ecenea har utfört bemanningsuppdrag för Skolfastigheter AB.

Angående referensuppdraget för Sundsvalls kommun anger Ecenea att de har bidragit med resurser på plats när Sundsvalls kommun inte har haft den kapacitet som behövts. Det anser Inköp Gävleborg är tillräckligt och en godtagbar referens. Att Ecenea också har utfört tjänster på distans har ingen betydelse. Via intyg har det styrkts att Encenea har utfört bemanningsuppdrag via Sundsvalls kommun och den person som har styrkt det har hänvisats till av den som angavs som referens.

Relevanta delar av upphandlingsdokumentet

I avsnitt 4 kravspecifikationen framgår följande i punkten 4.19 Upphandlare

Tjänsten innefattar bl.a:

- Ansvara för hela inköpsprocessen
- Ansvara för att juridiskt korrekt genomföra upphandlingar främst upphandlingar av tjänster och entreprenader, men även för ramavtal
- Ansvara för att identifiera och samordna upphandlingsbehov för hela verksamheten
- Genomföra direktupphandlingar och avrop med förnyad konkurrensutsättning
- Vara dialogpartner gentemot Inköp Gävleborg avseende övergripande upphandlings- och inköpsfrågor
- Följa upp och kvalitetssäkra upphandlade avtal inklusive avtalstrohet

Nivå 3 Kvalificerad konsult

- Högskoleutbildning om minst 180 hp med inriktning mot teknik, ekonomi eller juridik eller motsvarande kompetens.
- Minst 3 års erfarenhet av inköp från offentlig eller privat verksamhet
- Erfarenhet av upphandling inom offentlig sektor enligt LOU och LUF.
- Kunskap inom entreprenadrätt och erfarenhet av entreprenadupphandling
- Mycket goda kunskaper i svenska i både tal och skrift
- B-körkort

Under avsnitt 3.1.2 Teknisk förmåga och kapacitet anges bl.a.

2. Anbudsgivaren ska ha branschfarenhet. Bevis på detta ska vara tre (3) referenser från liknande uppdrag och förteckning över uppdrag som genomförts.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledning

Upphandlingsbyrån har i sin ansökan om överprövning åberopat såväl brister vid utvärderingen av anbuden som brister i upphandlings-

dokumentets kravspecifikation. Förvaltningsrätten prövar därför först invändningarna beträffande upphandlingsdokumentet eftersom dessa hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet (jfr RÅ 2005 ref. 47, HFD 2013 ref. 5 och RÅ 2008 not. 26)

Strider kravet på referensuppdrag mot LOU?

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att den upphandlande myndigheten måste anses ha ett visst tolkningsutrymme beträffande skrivningar i de egna upphandlingsdokumenten (jfr Kammarrätten i Jönköpings avgörande i mål nr 2225-16 och Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål 2493-15). Myndighetens tolkning bör således accepteras så länge den är förenlig med formuleringarna i upphandlingsdokumenten och de grundläggande principerna i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU.

I upphandlingsdokumentet finns inte definierat vad som avses med ”liknande uppdrag” i kravet på referensuppdrag. Inköp Gävleborg har i upphandlingen ansett att ”liknande uppdrag” ska avse andra bemanningsuppdrag. Förvaltningsrätten kan konstatera att upphandlingen avser bemanningstjänster och det anges i upphandlingsdokumentets punkt 1.4 att avsikten med upphandlingen är att under arbetstoppar och frånvaro säkra kompetens för kortare eller längre perioder. Enligt förvaltningsrättens bedömning ligger det mot denna bakgrund nära till hands att tolka begreppet ”liknande uppdrag” som att det avser andra bemanningsuppdrag, även om kravet inte är helt optimalt utformat. Förvaltningsrätten konstaterar därtill att Inköp Gävleborg i Frågor och svar på begäran om förtydligande av referensuppdragens innehåll har svarat ”en lista på tidigare uppdrag samt vilken/vilka typer av yrkesroller man har bemannat för”. På fråga om ramavtalet gällande bemanningsuppdrag ska beskrivas och de uppdrag anbudsgivare har haft hos kund har Inköp Gävleborg svarat jakande. Mot

denna bakgrund anser förvaltningsrätten att upphandlingsdokumenten är tillräckligt tydliga att det som avses med ”liknande uppdrag” är andra bemanningsuppdrag och att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull aktör drar samma slutsats i fråga om kravets innebörd. Kravet är således inte sådant att transparensprincipen har trätts för när.

En bakomliggande tanke med att referenser ska lämnas vid anbud är att de ska ge en rättvisande och objektiv bild av hur leverantören tidigare har utfört liknande uppdrag. Som nämnts ovan avser den nu aktuella upphandlingen bemanningstjänster och avsikten med upphandlingen är att under arbetstoppar och frånvaro säkra kompetens för kortare eller längre perioder. Med beaktande härav anser förvaltningsrätten att det uppställda kravet om att ange andra bemanningsuppdrag som referensuppdrag har ett naturligt samband med upphandlingsföremålet och är lämpligt och effektivt för att säkerställa att leverantören har erforderlig yrkesmässig kapacitet och erfarenhet av den typen av uppdrag som upphandlas. Det kan därför inte anses oproportionerligt av Inköp Gävleborg att uppställa ett krav på att leverantörer ska uppge referenser för andra bemanningsuppdrag.

Vad gäller invändningen om att nyetablerade företag inte har möjlighet att uppfylla kravet på referenser kan förvaltningsrätten konstatera att Inköp Gävleborg i Frågor och svar har angett att nyckelpersoners erfarenhet accepteras i upphandlingen. Detta innebär att det finns en möjlighet för nyetablerade företag att lämna anbud. Nyetablerade företag kan därför inte anses stängas ute från upphandlingen genom kravet.

Har Inköp Gävleborg haft fog för att förkasta Upphandlingsbyråns anbud och anta Eceneas anbud?

Förvaltningsrätten har ovan bedömt att kravet på att som referensuppdrag ange liknande uppdrag syftar till att ange andra bemanningsuppdrag.

Av utredningen i målet framgår att Upphandlingsbyrån som två av tre referenser har angett Inköp Gävleborg, vilket Inköp Gävleborg inte anser uppfyller kraven på referenser eftersom det inte utgör bemanningstjänster. Förvaltningsrätten, som har tagit del av Upphandlingsbyråns angivelser av referensuppdrag, anser inte att det Upphandlingsbyrån har gjort gällande ger anledning att ifrågasätta bedömningen att referensuppdragen inte utgör bemanningstjänster eller att Inköp Gävleborg har agerat i strid med LOU genom att inte anta Upphandlingsbyrån.

Förvaltningsrätten kan konstatera att det inte har framkommit någonting till stöd för att det vid tidpunkten för tilldelningsbesluten fanns andra uppgifter än att Eceneas referensuppdrag avsåg bemanningstjänster. Vad gäller bemanningsuppdraget för Sundsvalls kommun framgår av Eceneas anbud att de bemannar upphandlingsenheten både på plats och på distans. Vad gäller bemanningsuppdraget för Uppsala Skolfastigheter AB framgår av Eceneas anbud att de bemannade Uppsala kommuns bolag för fastighetsförvaltning med en resurs på ca 60 % på plats som utförde upphandlingar och stöd i upphandlingsfrågor. Enligt förvaltningsrättens mening har det inte framkommit annat än att detta är tillräckligt för att uppfylla det uppställda kravet. Förvaltningsrätten anser inte heller att den utredning som Upphandlingsbyrån har presenterat är tillräcklig för att ge anledning att ifrågasätta Inköpt Gävleborgs bedömning att Eceneas referensuppdrag inte utgör bemanningsuppdrag. Det är därmed inte visat att Inköp Gävleborg har agerat i strid mot likabehandlingsprincipen genom att ha antagit Eceneas anbud men inte Upphandlingsbyrån. Eftersom förvaltningsrätten har bedömt att Upphandlingsbyråns anbud rätteligen har förkastats föranleder invändningen om jäv i Eceneas ena referensuppdrag inte någon åtgärd från förvaltningsrättens sida eftersom Upphandlingsbyrån ändå inte kan anses vara skadelidande.

Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att det Upphandlingsbyrån har fört fram inte visar att Inköp Gävleborg har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Upphandlingsbyråns ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Anders Lidman
rådman



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 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.

