



SÖKANDE

Frick Publishing AB, 556735-4641
c/o Lidingö Företagshus
Box 1343
181 25 Lidingö

MOTPART

Upphandlingsenheten i Borås Stad
501 80 Borås

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2019 1104	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Frick Publishing AB:s ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Borås stad genomför en upphandling av ramavtal gällande övergripande utbildningar (2018-00010IN). Upphandlingen är uppdelad på flera delar, varav del B gäller utbildning om löner och lönesättning. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande. Genom tilldelningsbeslut tilldelades Lexa HR AB del B av upphandlingen.

Frick Publishing AB ansöker om överprövning gällande del B av upphandlingen.

Borås stad anser att ansökan ska avslås.

Allmänt om upphandlingen

Enligt avsnitt 14.1.1 av upphandlingsdokumentet ska tilldelning ske enligt ekonomiskt mest fördelaktiga anbud med bästa förhållande mellan pris och

kvalitet. Vid bedömningen av vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt använder Borås stad mervärdesmodellen. Enligt modellen tilldelas varje anbud ett mervärde med utgångspunkt i anbudsgivarens beskrivning av utbildningens kursupplägg. Enligt avsnitt 6.2 kan anbudsgivaren för del B av upphandlingen erhålla som mest 7000 sek i mervärde och som lägst 0 sek. Det tilldelade mervärdet dras sedan från respektive anbuds pris och det anbud med lägst slutsumma tilldelas kontraktet.

Avsnitt 3 av upphandlingsdokumentet innehåller krav på anbudsgivarna. För att säkerställa att anbudsgivarna har erfarenhet och kapacitet att leverera jämförbara tjänster till aktörer med liknande verksamhet som Borås stad ska varje anbudsgivare enligt avsnitt 3.2.3 bl.a. lämna en kort företagsbeskrivning samt referenser från minst ett tidigare uppdrag.

Avsnitt 6 innehåller de krav som Borås stad ställer på den upphandlade utbildningens innehåll, genomförande och utbildare.

Enligt avsnitt 6.2 ska anbudsgivare bifoga ett förslag till kursupplägg till sitt anbud. Baserat på kursupplägget tilldelas anbudet ett meritvärde enligt en tregradig skala. Ett anbud kan antingen få stort, visst eller inget mervärde.

VAD PARTERNA ANFÖR

Frick Publishing AB

Anbudet från Lexa HR AB och Management Support Partners AB innehåller fel. Anbudet från Lexa HR AB uppfyller inte de av Borås stad uppställda kraven eftersom anbudet innehåller sakfel och referensen är tvivelaktig. Anbudet från Management Support Partners AB innehåller felaktig information gällande referenser. Kursbeskrivningen är också för allmänt hållen för att tillmätas någon betydelse.

Lexa HR AB anger i sitt anbud en referens från ett uppdrag utfört år 2011. En referens som är 8 år gammal tillför inte något av värde. Lexa HR AB registrerades år 2016, dvs. fem år efter att det aktuella referensuppdraget genomfördes. Det framgår klart av texten i upphandlingsdokumentet att referensen ska avse anbudsgivaren, inte den enskilda konsulten. Anbudsgivaren är i detta fall bolaget Lexa HR AB. Det kan också ifrågasättas hur en referens som är åtta år gammal kan tillmätas någon betydelse. Referensen ska kunna besvara frågor angående likvärdiga uppdrag. Det finns anledning att ifrågasätta om Lexa HR AB i praktiken har genomfört denna typ av uppdrag eller likvärdiga uppdrag sedan år 2011. I sådana fall torde en referens som avser ett projekt i närtid kunna lämnas.

I beskrivningen av Lexa HR AB:s kursupplägg finns ett antal sakfel.

1. Ordet prestationer står under rubrikerna *individuell differentierad lönesättning* och *individuella mål och kriterier*, vilket strider mot gällande löneavtal inom kommunsektorn. Enligt löneavtalet är det arbetstagarens resultat och måluppfyllelse som ska utgöra grunden för individuell och differentierad lönesättning. Att sätta lön efter prestation är något annat. Om lönesättning sker på prestation är det snarare arbetstagarens ansträngning och inte resultat och måluppfyllelse som är avgörande.
2. Lexa HR AB påstår under rubriken *individuella mål och lönekriterier* att det finns en inbyggd orättvisa. Detta påstående saknar grund.
3. Lexa HR AB skriver under rubriken *kommunicera bedömning så den ger resultat* att det finns tre primära lönerevisionsmodeller; traditionell förhandling, lönesamtal och lönesättande samtal. Påståendet är vilseledande, dels för att det inom kommunal sektor numera heter löneöversyn, dels för att det inom kommunal sektor inte är klart definierat vad som är lönesamtal och lönesättande

samtal. Eftersom lokal lönebildning gäller är det upp till varje kommun att själva definiera de olika samtalen. Det finns ingen överordnad modell eller utifrån kommande ”sanning”.

4. Lexa HR AB skriver under rubriken *lönestruktur för ett hållbart samhälle* att det är en vanlig missuppfattning att man i Sverige får sätta vilken lön man vill på arbetstagare. Lexa HR AB påstår alltså att det finns ett förbud för arbetsgivarens fria lönesättning, vilket är felaktigt. Det är arbetsgivaren som inom ramen för gällande kollektivavtal sätter lön. Om en arbetstagare därefter anser att lönen striden mot diskrimineringslagen är det en process som drivs som ett diskrimineringsmål. För det fall att arbetsgivaren därigenom har gjort sig skyldig till diskriminering utkrävs ansvar i enlighet med diskrimineringslagen. Men det är inte frågan om ett på förhand givet förbud att sätta en viss lön.

Ovanstående felaktigheter visar att Lexa HR AB saknar nödvändig kompetens och yrkeskunnande för att leverera tjänsten med hög professionalitet. Eftersom löneavtalen inom den kommunala sektorn utvecklas över tid är det viktigt att en utbildare är väl förtrogen med gällande rätt vid kurstillfället.

I upphandlingsdokumentet ställs kravet att anbudsgivare ska lämna minst en referens. Management Support Partners AB lämnade så många som 48 referenser, vilket är tveksamt. Om detta hade varit ett krav hade övriga anbudsgivare självklart också haft möjlighet att lämna in fler referenser. Minst en av lämnade referenser är dessutom felaktig. Management Support Partners AB anger en förhandlingschef i Täby kommun. Vid kontroll med Täby kommun finns det ingen förhandlingschef med det angivna namnet. Vidare är Management Support Partners AB:s kursupplägg så allmänt hållet att det inte kan tillmätas någon betydelse för att förstå hur anbudsgivaren i praktiken avser att genomföra utbildningen.

Borås Stad

Anbudet från Lexa HR AB uppfyller samtliga krav. Borås stad har inte ställt något krav över vilken tidsperiod referenserna får avse. Det finns därför ingen grund att förkasta en anbudsgivare på grund av ett referensuppdrag som ligger några på bakåt i tiden. Det är korrekt att Lexa HR AB registrerades först år 2016 och att referensen avser en period innan registreringen. Borås stad ställde därför en fråga till Lexa HR AB om detta. Svaret var att referensen avser ägaren, tillika den offererande konsulten och avsåg att styrka konsultens erfarenhet. Detta är tillräckligt för att kravet ska vara uppfyllt.

Det är korrekt att ordet prestationer förekommer vid två tillfällen i Lexa HR AB:s kursupplägg. Även orden resultat och måluppfyllelse finns med och det framgår tydligt av beskrivningen att Lexa HR AB har god förståelse för, och kunskap om området.

Lexa HR AB skriver att det finns en inbyggd orättvisa i den individuella lönesättningen. Borås stad kan hålla med om att det hade varit bättre om Lexa HR AB hade formulerat det som en inbyggd upplevd orättvisa. Nästa mening förklarar vad som menas med att det finns risk för att chefen är subjektiv och att chefen därför behöver ”vara duktig på att sätta individuella mål och kriterier för att visa vad de bedömer och hur”.

Vad gäller Lexa HR AB:s benämningar av de olika modellerna för lönesättning anser Borås stad att det tydlig framgår av anbudet vad som menas och att detta visar att Lexa HR AB har koll på hur lönesättning fungerar.

Vad gäller skrivningen att det är en ”vanlig missuppfattning att man i Sverige får sätt vilken lön man vill” så framgår det vid läsning av hela stycket vad som menas, nämligen att lönesättningen inte får vara

diskriminerande. Det skulle strida mot proportionalitetsprincipen att förkasta ett anbud endast på grund av en mening utan att se hela texten.

Vad gäller anbudet från Management Support Partners AB anser Borås stad att det inte finns något maxtak för hur många referenser som får lämnas. Ett anbud kan därför inte förkastas på grund av att anbudsgivaren lämnade fler referenser än vad som efterfrågades.

Borås stad håller med om att Management Support Partners AB:s kursupplägg är något allmänt hållet. Borås stad har dock tagit hänsyn till detta i utvärderingen genom att anbudet erhöll ett lägre meritvärde. Beskrivningen uppfyller Borås stad krav och det fanns således ingen anledning att förkasta anbudet. Det kan konstateras att även om Management Support Partners AB inte hade fått något mervärde alls hade deras anbud ändå placerat sig före Frick Publishing AB i utvärderingen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 4 kap. 1–3 §§ LOU anges följande. Upphandlande myndigheter ska 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. En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. En upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta.

Av 20 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om Borås stad under upphandlingen har brutit mot någon bestämmelse i LOU, och om så är fallet, om detta har medfört att Frick Publishing AB har lidit eller kan komma att lida skada.

Anbudet från Lexa HR AB

Enligt upphandlingsdokumentet ska anbudsgivaren lämna minst en referens från ett tidigare uppdrag. Kravet är obligatoriskt och syftar till att klargöra om anbudsgivaren har tillräcklig erfarenhet och kapacitet att leverera den upphandlade tjänsten. Enligt förvaltningsrätten måste en normalt aktsam anbudsgivare ha uppfattat detta som att referensen ska avse det anbudsgivande bolaget, inte den enskilde konsulten. Eftersom Lexa HR AB inte har lämnat någon referens avseende ett tidigare uppdrag som bolaget har utfört, uppfyller bolaget inte det obligatoriska kravet på referens. Genom att anta ett anbud som inte uppfyller alla obligatoriska krav har Borås stad brutit mot likabehandlingsprincipen.

Med hänsyn till ovan bedömning saknas det skäl att bedöma vad Frick Publishing AB har anfört i övrigt angående det aktuella anbudet.

Anbudet från Management Support Partners AB

Gällande referenserna konstaterar förvaltningsrätten att Borås stad kräver att anbudsgivarna lämnar minst en referens, men att ingen övre gräns för hur många referenser som kan lämnas finns angiven. Borås stad har därför inte gjort fel genom att tillåta Management Support Partners AB att lämna 48

referenser. Frick Publishing AB menar vidare att minst en av de angivna referenserna, en förhandlingschef på Täby kommun, är felaktig. Enligt Frick Publishing AB har de kontaktat kommunen och fått svaret att någon anställd med det angivna namnet inte arbetar där. Någon bevisning kring detta har dock inte lämnats till förvaltningsrätten och det finns mot denna bakgrund inte anledning att ifrågasätta om anbudet uppfyller det aktuella kravet. Förvaltningsrätten konstaterar vidare att Frick Publishing AB inte har påstått att övriga 47 referenser är felaktiga.

Frick Publishing AB menar vidare att Management Support Partners AB kursbeskrivning är så allmänt hållen att den inte kan tillmätas någon betydelse för att förstå hur anbudsgivaren i praktiken avser att genomföra utbildningen. Det är dock inte visat annat än att kursbeskrivningen innehåller de obligatoriska delar som framgår av avsnitt 6.1 i upphandlingsdokumentet. Borås stad har medgivit att beskrivningen är allmänt hållen och har därför tilldelat anbudet ett lägre mervärde. Borås stad kan inte förkasta ett anbud som uppfyller samtliga ställda krav. Borås stad har istället följt upphandlingsdokumentet genom att tilldela det allmänt hållna anbudet ett lägre meritvärde.

Har Frick Publishing AB lidit skada?

Förvaltningsrätten har konstaterat att Borås stad brutit mot likabehandlingsprincipen när anbudet från Lexa AB antogs. Det är dock inte visat att även anbudet från Management Support Partners AB borde ha förkastats. Management Support Partners AB hade som Frick Publishing AB dessutom har medgivit placerat sig före Frick Publishing AB i utvärderingen även om deras anbud hade tilldelats noll i meritvärde. Eftersom Frick Publishing AB således placerades på tredje plats i utvärderingen har Borås stads överträdelse av likabehandlingsprincipen inte medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening.

Vid dessa förhållanden saknas skäl för ett ingripande mot upphandlingen.
Frick Publishing AB ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i
bilaga (FR-03).

Håkan Jöngren

Tf. rådman Håkan Jöngren har avgjort målet. Förvaltningsrättsnotarien
Christoffer Hallqvist har varit föredragande.



Hur man överklagar

FR-03

Vill du att beslutet ska ändras i någon del kan du överklaga. Här får du veta hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som du fick del av det skriftliga 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 part som företräder det allmänna (till exempel myndigheter) 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 du 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.

Så här gör du

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför du tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring du vill ha och varför du tycker att kammarrätten ska

ta upp ditt överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).

3. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du 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 dig: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten. Du hittar adressen 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 du 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 rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

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

Vill du veta mer?

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

Mer information finns på www.domstol.se.

