



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Avdelning 31

DOM
 2016-03-14
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 1291-16

SÖKANDE

People Productions Sweden AB, 556577-1838
 Box 24188
 104 51 Stockholm

Ombud: Advokat Mats Österholm
 Advokatfirman Apex AB
 Skeppsbron 40
 111 30 Stockholm

Ombud: Jur.kand. Hampus Stefansson
 Stavenow & Partners AB
 Skeppsbron 40
 111 30 Stockholm

MOTPART

Nacka kommun
 131 81 Nacka

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2016-05-17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 702757

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Kommunstyrelsen i Nacka kommun (kommunen) genomför som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, en upphandling av ramavtal avseende vikarier inom de tre kategorierna förskola, Förskoleklass och årskurs 1–6 (F–6) samt årskurs 7–9 och gymnasiet (7–9 och Gy). I tilldelningsbeslut den 11 januari 2016 meddelade kommunen att man avser att sluta ramavtal med tre rangordnade leverantörer inom varje kategori. People Productions Sweden AB (bolaget) tilldelas ramavtal på tredje plats i kategori F–6 och inget ramavtal i övriga kategorier. Anbudsgivare som i en eller flera övriga kategorier tilldelas ramavtal av högre rang än bolaget är NGS Group AB (NGS), VRE Education AB (VRE), Bilda Personalmäklarna i Stockholm AB (Bilda) och Studentvikarie Sverige AB (Studentvikarie).

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska rätta upphandlingen genom att förkasta anbudet från Bilda, Skandinaviska Bemanningspoolen (SBP) och VRE i kategori förskola; från Bilda, VRE och NGS i kategori F–6; från Studentvikarie, NGS, VRE och SBP i kategorin 7–9 och Gy. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

De i yrkanden angivna anbudet uppfyller inte uppställda skall-krav för respektive kategori i upphandlingen. Anbud skulle då rätteligen ha förkastats av kommunen. Bolagets anbud skulle då ha hamnat högre i rankingen i kategori F–6 och blivit antaget i kategorierna förskola samt 7–9 och Gy.

Upphandlingen ställer ett tydligt skall-krav på att varje referens till sin omfattning ska motsvara kommunens avropade volym från 2014. Skall-kravet kan inte tolkas på annat sätt av en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare. Kommunen har inte lämnat någon alternativ tolkning till hur

skall-kravet på ”uppdrag som till [sin] omfattning motsvarar den kategori som anbudsgivaren avser att lämna anbud i”, med uttrycklig hänvisning till 2014 års avropsvolym, kan tolkas. Om ska-kravet i punkten 2.7 inte innebär krav på ett minsta antal timmar eller en viss omfattning är det otydligt och strider mot transparensprincipen. Kommunen har då inte tolkningsföreträde.

Det är korrekt att ingen avropsvolym är garanterad, men kommunen har hänvisat till sin tidigare avropsvolym som en volym som referensuppdragen ska motsvara till sin omfattning. Kommunens hänvisning till 2014 års avropsvolym för omfattningen per kategori kan genom sin ordalydelse inte tolkas på annat sätt än att kommunen ställt ett krav på att respektive referens till sin omfattning ska motsvara 2014 års avropsvolym. Det saknar betydelse vad kommunen i efterhand ger kravet för innebörd.

Om förvaltningsrätten skulle finna att skall-kravet inte utgör ett krav på att referensuppdragen ska omfatta minst ett visst antal timmar, ska referensuppdragen i alla fall till sin omfattning motsvara kommunens avrop för 2014. Som exempel kan den referens om 1 000 timmar/år som Studentvikarie åberopat i kategori 7–9 och Gy inte anses vara ett uppdrag som motsvarar kommunens avropsvolym 4 500 timmar för 2014. Studentvikarie vann upphandlingen och blev högst rangordnade i kategori 7–9 och Gy.

Det är ett brott mot likabehandlingsprincipen om upphandlande myndighet bortser från att en anbudsgivare uppfyller ett eller flera skall-krav. Ett sådant förfarande riskerar medföra att andra presumtiva anbudsgivare, som kunnat konstatera att de inte kan uppfylla nämnda skall-krav och därför avstått från att avge anbud, utesluts från upphandlingen.

Av de anbud som bolaget yrkar ska förkastas har inget anbud två referenser vars omfattning motsvarar kommunens behov enligt skall-kravet i punkten 2.7. I kategori förskola där kravet på omfattning är 8 500 timmar omfattar

ett av Bildas referensuppdrag endast 5 000 timmar, VRE:s referensuppdrag endast 6 000 respektive 3 300 timmar samt SBP:s referensuppdrag endast 7 500 respektive 1 200 timmar. I kategori F-6 där kravet är 9 000 timmar omfattar ett av Bildas referensuppdrag endast 6 000 timmar, ett av VRE:s referensuppdrag endast 5 000 timmar, NGS:s referensuppdrag 3 770 respektive 8 533 timmar samt ett av SBP:s referensuppdrag endast 1 000 timmar. I kategori 7-9 och Gy där kravet är 4 500 timmar omfattar ett av Studentvikariers referensuppdrag endast 1 000 timmar, ett av VRE:s referensuppdrag endast 3 900 timmar, ett av NGS:s referensuppdrag endast 2 260 timmar samt SBP:s referensuppdrag endast 4 000 respektive 500 timmar.

Ett tilldelningsbeslut rättat i enlighet med bolagets yrkande skulle innebära att bolaget i rangordningen placerar sig på andra plats i kategori förskola, första plats i kategori F-6 och andra plats i kategori 7-9 och Gy. Till följd av kommunens brott mot LOU har bolaget lidit skada eller kan lida skada.

Kommunen yrkar att bolagets ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Av dokumentet Förutsättningar för anbudsinslämning framgår, i enlighet med 3 kap. 13 § LOU, det uppskattade värdet av ramavtalet. Såsom också framgår, garanterar kommunen inga volymer.

De obligatoriska kraven framgår av skallkrav-bilagan. Kommunen har inte begärt att anbudsgivare ska redovisa två referensuppdrag som omfattar lika många timmar som kommunen avropade per kategori under år 2014. Inte heller har någon annan anbudsgivare uppfattat kraven på det sättet. Anbudsgivaren ska ha tidigare erfarenhet av liknande uppdrag dvs. ”uppdrag som till sitt innehåll och omfattning motsvarar den kategori som anbudsgivaren avser lämna anbud”. Ordet ”motsvarar” stöder tolkningen att kravet inte avser ett minsta antal timmar. Kommunen avropar inte exakt lika många

timmar varje år i respektive kategori och därför skulle krav på ett visst antal timmar under 2014 kunna bli missvisande i förhållande till ett annat år.

Av Förutsättningar för anbudsinslämning framgår bl.a. att ”det är angeläget att anbudsgivare kontaktar Kommunen så tidigt som möjligt om något i förfrågningsunderlaget med bilagor är oklart”. Kommunen har vidare under upphandlingen bjudit in bl.a. bolaget till anbudspresentation. Det har således funnits flera möjligheter att göra klargöranden.

Bolagets tolkning av förfrågningsunderlaget skulle medföra att kravet inte stod i rimlig proportion till upphandlingens mål. Alla anbudsgivare har behandlats lika. Ingen anbudsgivare har diskriminerats och inget anbud har förkastats på grund av ovidkommande hänsyn. Det har inte begåtts något fel i upphandlingen. De grundläggande principerna har inte trätts för när och upphandlingen har skett i enlighet med LOU. Därmed är inte heller skaderekvisitet uppfyllt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska enligt samma paragraf principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Av praxis följer att det strider mot likabehandlingsprincipen att utvärdera och anta ett anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven, se EU-domstolens avgörande C-243/89, Stora Bält.

I denna upphandling är det obligatoriska krav, vars tolkning parterna är oense om, krav 2.7 i förteckningen över ”Skallkrav”. Det är, såvitt avser vad som ska ha ingått i referensuppdragen, formulerat enligt följande.

”Anbudsgivaren ska ha tidigare erfarenhet av liknande uppdrag, dvs. uppdrag som till sitt innehåll och omfattning motsvarar den kategori som anbudsgivaren avser att lämna anbud i. (Se dokumentet Förutsättningar för anbudsinslämning för omfattningen per kategori) Anbudsgivaren påvisar detta genom att till anbudet fylla i bifogat formulär för referensuppdragen.

Referensformuläret avseende två liknande uppdrag ska lämnas. De likartade uppdragen ska ha utförts under de 3 senaste åren eller vara pågående. Referensuppdragen ska lämnas för det/de delområden anbudsgivaren lämnar anbud på. Om anbudsgivaren lämnar på flera delområden ska anbudsgivaren lämna två referensuppdrag per delområde.”

Även om tolkningen av första stycket i någon mån försvåras av att ”uppdrag” är ett neutrum-substantiv som heter likadant i singular och i plural, anser förvaltningsrätten att ovanstående inte rimligen kan tolkas som att varje referensuppdrag ensamt måste innehålla lika många timmar inom respektive kategori som avropades 2014. Det förefaller också vara oproportionerligt om antalet uppdragsgivare den enskilde anbudsgivarens leveranskapacitet varit uppdelad på tillmättes avgörande betydelse för vem som får delta i upphandlingens utvärderingsfas. I kravet 2.7 nämns inte året 2014 någonstans och hänvisningen till dokumentet ”Förutsättningar för anbudsinslämning för omfattningen per kategori” är opreciserad utan sidhänvisning. Dokumentet kan inte heller tolkas på så sätt att vad som anges däri om antalet avropade timmar år 2014 blir ett krav i nu aktuell upphandling. Eftersom hänvisning till nämnda dokument ändå görs och tidigare uppdrag till omfattning förväntas motsvara respektive kategori kan det anses rimligt att referensuppdragens antal timmar ligger nära 2014 års avropsvolym i samma kategori i fall denna understigs. Förvaltningsrätten konstaterar i detta avseende att på samtliga punkter där bolaget har yrkat uteslutning har respektive anbudsgivare bolaget invänt emot sammantaget uppnått 2014 års avropsvolym.

Förvaltningsrätten anser att ingen anbudsgivare felaktigt har godkänts på sätt som riskerar att åsamka bolaget skada. Inte heller kan bolaget ha lidit skada av om någon annan anbudsgivare tolkat förfrågningsunderlaget som bolaget

gjort och av detta skäl avstått från att lämna anbud. Skäl för ingripande enligt LOU saknas och ansökan om överprövning ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).

Jessica Öhlund Andersson
Förvaltningsrättsfiskal

David Munck har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **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 överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.