



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2017-03-28

Meddelad i Stockholm

Mål nr

26850-16

SÖKANDE

N Mind AB, 556804-5461

Box 12248

102 26 Stockholm

Ombud: Cristian Villegas

Adress som ovan

MOTPART

Arbetsförmedlingen 202100-2114

Juridiska avdelningen

113 99 Stockholm

Ombud: Advokaterna Anna Ulfsdotter Forssell och Sara-Li Olovsson

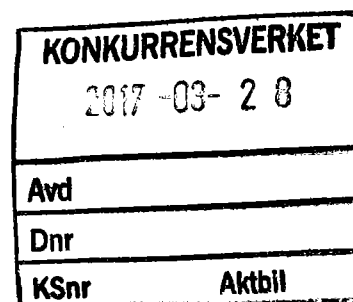
Advokatfirman Delphi,

Box 1432

111 84 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår N Mind AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 812983

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00-16:30

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Arbetsförmedlingen har genomfört en upphandling avseende ”stöd vid start av ny näringsverksamhet”, dnr. Af-2016/00253053. Upphandlingen har genomförts som ett förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Upphandlingen är uppdelad i olika arbetsförmedlingsenheter. En leverantör per arbetsförmedlingsenhet ska antas utifrån det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Totalt inkom 34 stycken anbud.

N Mind AB (bolaget) ansöker om överprövning av Arbetsförmedlingens upphandling avseende ”Stöd vid start av ny näringsverksamhet”. Bolaget yrkar att upphandlingen avseende samtliga arbetsförmedlings-enheter ska göras om eftersom Arbetsförmedlingen inte har iakttagit de upphandlingsrättsliga principerna i LOU.

Arbetsförmedlingen bestrider bifall till bolagets ansökan och anför huvudsakligen följande. Arbetsförmedlingen har iakttagit samtliga regler i LOU inklusive de principer som följer av 1 kap. 9 § LOU. Bolaget kan därefter inte anses lida eller riskera att lida någon skada. Ansökan ska därför avslås.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Bolaget

Enligt punkten 3.4 i förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren inneha dokumenterade resurser, kompetens och erfarenhet av att ha utfört liknande uppdrag. Vidare ska man ha kännedom om arbetsmarknaden inom både offentlig och privat sektor. Erfarenhet av såväl den privata som den offentliga marknaden ska styrkas genom referensuppdragen. Bolaget har därför inkommit med referensuppdrag från både offentlig och privat

marknad men har trots detta blivit uteslutet från utvärderingen. Arbetsförmedlingen har anfört att detta beror på att bolaget inte haft avtal med offentlig sektor i tillräckliga volymer. Bolaget anser i och med detta att Arbetsförmedlingen bryter mot de grundläggande principerna om likabehandling och icke-diskriminering.

Principen om likabehandling innebär att alla leverantörer ska ges samma förutsättningar. Kravet på volym begränsar nya aktörer att inkomma med anbud i den aktuella upphandlingen. Om risken varit påtaglig för att kvaliteten eller leveransen blir lidande eller bristfällig hade kravnivån varit helt korrekt men i detta fall är villkoren endast konkurrenshämmande. Kravet snedvrider konkurrensen och ger förtur för de anbudsgivare som tidigare ingått avtal om den upphandlande tjänsten samtidigt som den eliminerar nya aktörer att delta i upphandlingen.

Av bolagets anbud framgår att det finns fyra kvalificerade konsulter som har kapacitet att leverera stora volymer av den aktuella tjänsten i de geografiska områden bolaget offererat för. Dessa fyra konsulter kan ta sig an 10-12 parallella uppdrag om dagen. Bolaget kan även anställa fler konsulter om det skulle behövas och har även möteslokaler inom de olika geografiska områdena.

Kravet avseende erfarenhet av stora volymer av den tjänst som ska upphandlas står inte i proportion till det som ska upphandlas. I denna upphandling kräver Arbetsförmedlingen att man tidigare ska ha haft större volymer av tjänsten trots att den upphandlade tjänsten inte är komplicerad för en kvalificerad bemanning som bolaget har. Den upphandlade tjänsten kräver inte särskilda digitala lösningar eller andra särskilda tillgångar eller spjutspetskompetens som skulle garantera högre kvalitet eller optimerade leveranstider på leverans vid större volymer. Detta innebär att alla som tidigare inte har arbetat med offentliga uppdrag blir inte kvalificerade. I upp-

handlingen finns det inget krav på volym utan endast på att anbudsgivare ska ha erfarenhet av liknande uppdrag enligt punkt 3.4.1.

Arbetsförmedlingen

Bolagets anbud har förkastats eftersom det av de referenser som bolaget lämnat inte framkommit att bolaget har erfarenhet av de volymer som krävs för att erfarenheten ska anses vara relevant i upphandlingen. Närmare bestämt avser de referenser bolaget åberopat utförande av uppdrag för enskilda individer och omfattar alltså inte uppdrag som liknar det som upphandlingen avser.

Enligt kravet i punkten 3.4.1 ”ska anbudsgivaren ha erfarenhet av liknande uppdrag. Med liknande uppdrag avses att ha genomfört det som efterfrågas i denna upphandling, se punkt 4 i kravspecifikationen”.

Krav 3.4.1 hänvisar således till punkt 4 i förfrågningsunderlaget, krav på tjänsten, i förfrågningsunderlaget. Av beskrivningarna i punkt 4 i förfrågningsunderlaget framgår tydligt att uppdraget i fråga är att ge deltagarna i programmet ”Stöd vid start av näringsverksamhet” stöd, inklusive bedömning av affärsidé och uppföljning. Av beskrivningarna i punkt 4 är tydligt att uppdraget avser att vara stöd till samtliga deltagande leverantörer inom en och samma arbetsförmedlingsenhet, vilket förstås ställer krav på att leverantören i fråga kan hantera vissa volymer av uppdrag parallellt. Mer konkreta indikationer på volymerna inom respektive arbetsförmedlingsområde framgår av bilaga 1 till förfrågningsunderlaget som anger volymerna i SEK under föregående år och som hänvisas till på ett antal ställen i punkt 4 i förfrågningsunderlaget.

Även om volymerna varierar mellan olika arbetsförmedlingsenheter, står klart att ett uppdrag att stödja arbetet kring en affärsplan/affärsidé för ett

specifikt bolag inte kan anses vara erfarenhet från "liknande uppdrag" utifrån det som anges och beskrivs i punkt 4 i förfrågningsunderlaget. Det är därför högst relevant att ta hänsyn till om en anbudsgivare har erfarenhet av att utföra det uppdrag som upphandlingen omfattar med viss volym, och inte bara för ett specifikt bolag.

Arbetsförmedlingen anser därför att kravet på referenser är i enlighet med 1 kap. 9 § LOU. Kravet är likabehandlande, dvs. gäller på samma sätt för samtliga anbudsgivare. Att inte alla anbudsgivare kan uppfylla ett krav innebär inte att kravet strider mot likabehandlingsprincipen. Istället innebär likabehandlingsprincipen att lika fall ska behandlas lika och olika fall ska behandlas olika.

Kravet är även proportionerligt. I detta fall har det varit nödvändigt att ställa krav på viss volym vid genomförande av tidigare uppdrag eftersom det annars inte går att verifiera att anbudsgivarna har relevant erfarenhet för uppdraget i upphandlingen. Därtill är det lämpligt att verifiera anbudsgivarnas erfarenhet via referenser. Slutligen är den negativa effekten inte överdriven i förhållande till syftet med kravet, vilket alltså är att säkerställa att anbudsgivarna som antas är lämpliga och klarar av att utföra uppdraget.

Bolaget har inte uppfyllt kravet i fråga och kan därmed inte riskera att lida skada av Arbetsförmedlingens agerande. Det saknas därför skäl för ingripande enligt LOU. Ansökan ska därmed avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

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 vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Det står en upphandlande

myndighet fritt att själv bestämma hur förfrågningsunderlaget i en upphandling ska utformas och myndigheten väljer själv vad som ska tillmätas betydelse, så länge det sker inom ramen för bl.a. de grundläggande principer som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU.

I 11 kap 2 § LOU anges att en upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Omfattningen av den information som avses i 11 kap. 6 - 15 §§ LOU samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.

I 11 kap. 11 § första och andra stycket LOU anges bl.a. följande. Den upphandlande myndigheten ska i annonsen om upphandling eller i inbjudan att lämna anbud ange på vilket eller vilka av de sätt som anges i andra stycket som en leverantör ska styrka sin tekniska kapacitet.

Den tekniska kapaciteten får styrkas endast på ett eller flera av följande sätt:

2. genom en förteckning över de viktigaste varuleveranser eller tjänster som utförts under de tre senaste åren med uppgift om värde och tidpunkt samt huruvida det varit fråga om privata eller offentliga mottagare.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

En upphandlande myndighet har enligt praxis stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna i 1 kap. 9 § LOU (HFD 2012 ref. 48).

I förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 91) till LOU framgår att proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas. Upphandlingens art och värde ska därför beaktas exempelvis när villkoren för att få delta i upphandlingen fastställs. Vidare anges (prop. 2006/07:128 s. 132) att uppställda krav ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. I doktrinen har vidare anförts att en uppgift som diskvalificerar en leverantör måste vara relevant för den aktuella upphandlingen och rimligen vara av

inte oväsentlig betydelse (Hentze och Sylvén, Kommentar Offentlig upphandling, uppl. 1:3, s. 16).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om kravet på "liknande uppdrag" som Arbetsförmedlingen uppställt i upphandlingen avseende "Stöd vid start av näringsverksamhet" kan anses vara oproportionerligt eller bryta mot likabehandlingsprincipen och därmed stå i strid med 1 kap. 9 § LOU.

Enligt kravet i punkten 3.4.1 anges bl.a. att *"Anbudsgivaren ska inneha dokumenterade resurser, kompetens och erfarenhet för att utföra uppdraget, leveransen samt därtill åtföljande åtaganden i motsvarande omfattning som efterfrågas i denna upphandling. Anbudsgivaren ska ha kännedom om aktuell arbetsmarknad såväl privat som offentlig verksamhet som efterfrågas i denna upphandling"*.

"Anbudsgivaren ska ha erfarenhet från liknande uppdrag. Med liknande uppdrag avses att ha genomfört det som efterfrågas i denna upphandling, se punkt 4. Kravspecifikationen". Anbudsgivaren styrker detta genom en förteckning över tre utförda alt. påbörjade referensuppdrag under de fyra senaste åren, räknat från sista anbudsdag.

Enligt punkten 4 anges *"att målet med programmet "Stöd vid start av näringsverksamhet" är att ge deltagaren förutsättningar att pröva på eget företagande. Målet med denna tjänst är att bedöma affärside inför, följa upp samt stödja sökande under programmet.*

Vid denna prövning är 11 kap.11 § LOU av betydelse. I det aktuella målet har bolagets anbud förkastats eftersom det av de referenser som bolaget lämnat inte framkommit att bolaget har erfarenhet av de volymer eller om-

fattning som Arbetsförmedlingen kräver genom kravet på erfarenhet från ”liknande uppdrag”.

Förvaltningsrätten konstaterar att syftet med 11 kap. 11 § LOU är att upphandlande myndigheter ska kunna försäkra sig om att de leverantörer som lämnat anbud har teknisk kapacitet att utföra uppdraget innan anbuden utvärderas. Vad som menas med teknisk kapacitet har inte definierats i lagen eller i det bakomliggande direktivet. Det ligger dock i sakens natur att det har att göra med förmågan att genomföra kontraktet ifråga, med utgångspunkt i det som ska upphandlas, men också i leverantörens eget anbud (Lagen om offentlig upphandling, en kommentar, tredje uppl. Jan-Erik Falk, s.358). För att tillgodose lagens huvudsyfte att främja konkurrensen, har dock de sätt på vilka teknisk kapacitet kan styrkas begränsats genom att uppräkningsen har gjorts uttömmande (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 2 februari 2011 i mål nr 6528-10). Syftet med bestämmelsen är dock inte att begränsa upphandlande myndigheters möjligheter att fastställa vilken nivå avseende teknisk kapacitet och förmåga som får uppställas (se EG-domstolens avgörande i mål 31/87, Beentjes). Det kan noteras att begreppet ”referensuppdrag” inte finns explicit i 11 kap. 11 § LOU utan det anses vara en av hävd vunnit tolkning av ”en förteckning över likvärdiga uppdrag”. Det aktuella lagrummet är därför tillämpligt i detta mål eftersom det rör referensuppdrag.

Med hänsyn härtill anser förvaltningsrätten att det inte kan anses oförenligt med 11 kap. 11 § LOU att uppställa krav på viss volym genom kravet på ”erfarenhet från liknande uppdrag” och att det i vissa fall kan vara lämpligt och effektivt för att säkerställa anbudsgivares förmåga att fullgöra avtal. Begreppet ”liknande uppdrag” får anses innefatta både arten och omfattningen av vad som efterfrågas. (se Kammarrätten i Stockholm mål nr 114-12 samt 116-12).

Frågan är därefter om kravet på volym genom kravet på erfarenhet av liknande uppdrag är nödvändig och kan anses vara proportionerligt och likabehandlande. Förvaltningsrätten konstaterar att det av kravet i 3.4.1 framgår

att anbudsgivaren ska inneha resurser, kompetens och erfarenhet för att utföra uppdraget, leveransen samt därtill åtföljande åtaganden i motsvarande omfattning som efterfrågas i denna upphandling samt ha kännedom om såväl privat som offentlig verksamhet. Arbetsförmedlingen kräver därmed erfarenhet av ”liknande uppdrag” och det torde därför stå klart att det aktuella uppdraget att vara stöd till samtliga deltagande leverantörer inom en och samma arbetsförmedlingsenhet kräver erfarenhet av att man ska kunna hantera vissa volymer för att kunna klara av uppdraget. Av beskrivningarna i punkt 4 är tydligt att uppdraget avser att vara stöd till samtliga deltagande leverantörer inom en och samma arbetsförmedlingsenhet, vilket förstas ställer krav på att leverantören i fråga kan hantera vissa volymer av uppdrag parallellt. Mer konkreta indikationer på volymerna inom respektive arbetsförmedlingsområde framgår av bilaga 1 till förfrågningsunderlaget som anger volymerna i SEK under föregående år och som hänvisas till på ett antal ställen i punkt 4 i förfrågningsunderlaget.

Av de referenser bolaget åberopat framgår att bolaget utfört uppdrag för enskilda individer och inte för myndigheter. Förvaltningsrätten anser att kravet avseende volym är proportionerligt i förhållande till syftet med kravet dvs. att säkerställa att anbudsgivarna som antas är lämpliga och klarar av att utföra uppdraget. Kravet är vidare likabehandlande då det riktar sig och är utformat på samma sätt för samtliga anbudsgivare.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten således att det inte framkommit omständigheter som visar att Arbetsförmedlingen har genomfört upphandlingen i strid med någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna för offentlig upphandling eller någon annan bestämmelse i lagen. Förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger således inte. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Allan Johansson
Rådman

Susanna Ewerlöf 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.