



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 20

DOM

2018-08-29

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (11)

Mål nr

14150-18

SÖKANDE

Starck & Partner AB, 556286-1863

Box 8176

104 20 Stockholm

Ombud: Advokaterna Niklas Hemberg och Helena Lundkvist
Advokatfirman Nordia KB

Box 70389

107 24 Stockholm

MOTPART

Arbetsförmedlingen

113 99 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2018-08-29	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1005346

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		

BAKGRUND

Arbetsförmedlingen har genomfört en upphandling av ramavtal avseende individuell chefscoachning (Af-2017/00162369). Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Upphandlingen var indelad i tre geografiska områden; region syd, region mitt och region norr. Anbud kunde lämnas på ett eller flera områden. Ansökan om överprövning avser endast region mitt. Starck & Partner AB (Starck) lämnade anbud på detta område. I ett första tilldelningsbeslut den 12 mars 2018 beslutade Arbetsförmedlingen att ramavtal skulle tecknas med Kommuncoacherna Sverige AB (Kommuncoacherna), Amazing Leaders AB (Amazing) och Starck. Starck rangordnades på tredje plats.

Starck ansökte om överprövning och yrkade att ny prövning och utvärdering skulle ske på så sätt att Arbetsförmedlingen skulle bortse från anbud lämnade av Kommuncoacherna och Amazing. Arbetsförmedlingen medgav ansökan på så sätt att myndigheten ansåg att upphandlingen skulle rättas genom att en ny prövning och utvärdering skulle ske. Förvaltningsrätten beslutade därefter att upphandlingen fick avslutas först sedan rättelse hade gjorts på så sätt att Arbetsförmedlingen genomförde en ny anbudsutvärdering.

Arbetsförmedlingen fattade den 23 maj 2018 ett nytt tilldelningsbeslut i vilket anbuden från Kommuncoacherna och Amazing förkastades och Starck rangordnades på första plats. Arbetsförmedlingen angav följande skäl för att förkasta Kommuncoachernas anbud.

Anbudet saknar Letter of intent för Sumo Magnetbyrå AB som visar att leverantören är bunden till anbudsgivaren under avtalstiden samt att den angivna omsättningen härrör från aktuell efterfrågad tjänst ... Kommuncoacherna klarar inte

ska-kravet på 9 miljoner i årsomsättning för att kunna lägga anbud på alla tre regioner.

Arbetsförmedlingen begärde därefter, med hänvisning till 14 kap. 7 § LOU, att Kommuncoacherna skulle byta ut Sumo Magnetbyrå AB (Sumo) mot ett annat företag som uppfyllde ställda krav i upphandlingen. I nytt tilldelningsbeslut den 15 juni 2018 angav Arbetsförmedlingen att Kommuncoacherna hade bytt ut företaget mot ett som uppfyllde kravet och att anbudet därför godtogs. Kommuncoacherna rangordnades som nummer ett i tilldelningsbeslutet och Starck som nummer två.

YRKANDEN

Starck ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att ny prövning och utvärdering ska ske, varvid Arbetsförmedlingen ska bortse från anbud lämnat av Kommuncoacherna.

Arbetsförmedlingen motsätter sig bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 20 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot 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.

Enligt 4 kap. 1 § 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.

I 14 kap. 1-5 §§ LOU anges vilka kvalificeringskrav som får ställas på leverantörerna i en upphandling. Kraven kan bl.a. avse ekonomisk och finansiell ställning och får innebära att leverantören ska ha en viss minsta årsomsättning inom det område som omfattas av kontraktet. Enligt 6 § får en leverantör för ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning. Vidare framgår att det är leverantören som ska visa att den kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras.

Av 14 kap. 7 § LOU följer att en upphandlande myndighet som vid en kontroll enligt 4 kap. 11 § finner att ett företag som åberopas av en leverantör inte uppfyller de krav företaget åberopas för ska begära att leverantören ska byta ut företaget mot ett annat företag.

Av 4 kap. 11 § LOU följer att när en leverantör åberopar ett annat företags kapacitet enligt 14 kap. 6 § för att uppfylla något kvalificeringskrav, ska detta företag kontrolleras enligt 10 § andra stycket 2 och 3. Av dessa punkter framgår, såvitt nu har betydelse, att myndigheten innan den tilldelar ett kontrakt ska kontrollera att leverantören uppfyller de krav som myndigheten har ställt enligt 14 kap. 1-5 §§.

Upphandlingsdokumentet

Upphandlingsdokumentet har i de delar som är relevanta för prövningen i målet följande lydelse.

3.3.1 Finansiell styrka

Anbudsgivaren ska ha tillräcklig finansiell styrka för att genomföra uppdraget. Företagets årsomsättning ska det senaste avslutade räkenskapsåret ha uppgått till minst 3 MSEK för efterfrågad tjänst per region. En leverantör som offererar på två områden ska ha en omsättning om minst 6 MSEK och en leverantör som offererar på tre anbudsområden ska ha en omsättning om minst 9 MSEK.

- Årsomsättningen ska styrkas genom senast fastställda årsredovisning alternativt revisorsintyg.

3.7.1 Åberopa andra företags kapacitet

... Om anbudsgivaren åberopar underleverantörs/andra företags ekonomiska eller tekniska/yrkesmässiga kapacitet för att fullgöra avtalet, ska det framgå av anbudet.

Till anbudet ska då bifogas ett samarbetsavtal, letter of intent eller likvärdigt, i vilket företagen klargör sina åtaganden och vilken kapacitet som står till förfogande under den period som avtalet omfattar samt försäkrar att underleverantören är bunden till anbudsgivaren under avtalstiden.

Vad parterna anför

Starck

Starck anför i huvudsak följande till stöd för sitt yrkande.

Det är mellan parterna ostridigt att Kommuncoachernas anbud, såsom det såg ut när det ursprungligen gavs in till Arbetsförmedlingen inte uppfyllde kravet avseende finansiell ställning i punkten 3.3.1 i upphandlingsdokumentet. Detta eftersom Kommuncoacherna inte hade en total årsomsättning om 9 miljoner kronor. Mot bakgrund av detta skulle anbudet således ha förkastats, vilket också skedde i tilldelningsbeslutet den 23 maj 2018. Arbetsförmedlingen agerade därefter, att tillåta Kommuncoacherna att byta ut ett av de företag (Sumo) vars kapacitet Kommuncoacherna menar sig ha åberopat, och därefter kvalificera Kommuncoachernas anbud är i strid med LOU.

För att regleringen i 14 kap. 7 § LOU överhuvudtaget ska aktualiseras måste först ett korrekt åberopande av annans kapacitet ha skett. Så är inte fallet avseende Kommuncoacherna och bolagets påstådda åberopande av Röckner och Partners AB:s (Röckner) respektive Sumos ekonomiska kapacitet. De ingivna letters of intents från Röckner och Sumo uppfyller inte de obligatoriska krav som uppställs i avsnitt 3.7.1 i upphandlingsdokumentet. Det klargörs inte på något sätt i dokumenten vilka åtaganden som omfattas eller vilken kapacitet som står till förfogande (hela bolagets ekonomi eller delar därav). Därtill saknas helt den i kravet efterfrågade försäkran avseende bundenhet under avtalstiden. Utan uttryckligt åtagande och försäkran är aktuella handlingar helt meningslösa för Arbetsförmedlingen eftersom den inte kan göra gällande något ansvar eller bundenhet i aktuella avseenden för åberopade företag (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5572-13). Åberopade företag utgör således inte en del av anbudsgivarens anbud. Det ska även noteras att Arbetsförmedlingen själv ansett att brist föreligger i ingivet letter of intent från Sumo. Kommuncoacherna har således brustit i uppfyllelse av det obligatoriska kravet gällande dokumentets innehåll. Konsekvensen av denna brist är att något korrekt åberopande av annans kapacitet överhuvudtaget inte har skett och att 14 kap. 7 § LOU inte kan tillämpas.

Röckner har inte begärts utbytt av Arbetsförmedlingen. Om förvaltningsrätten skulle finna att ingivet letter of intent avseende Röckner brister i förhållande till de uppställda kraven ska Kommuncoachernas anbud således förkastas (oavsett Arbetsförmedlingens argumentation i utbytesfrågan avseende Sumo).

För det fall förvaltningsrätten godtar Kommuncoachernas utbyte uppfyller Kommuncoacherna ändå inte kravet på finansiell styrka. Det företag som Kommuncoacherna åberopat istället för Sumo är K. Ekman & Partners AB (Ekman & Partners). Den bilagda dokumentationen styrker dock inte att

kravet om en årsomsättning om minst 3 miljoner kronor hänförligt till individuell chefscoachning per region är uppfyllt. Enbart ett av vd undertecknat påstående om en sådan omsättning utvisar inte att kravet är uppfyllt. I sammanhanget ska noteras att Ekman & Partners arbetar inom flera områden, såsom executive coaching, ledningsgruppsutveckling, styrelseutveckling, change management och ledarnätverk (enligt hemsidan) och ”konsultverksamhet inom affärsutvecklande coaching för ledare, ledningsgrupper och styrelse, uthyrning av egna lokaler samt därmed förenlig verksamhet” (enligt årsredovisningen).

Arbetsförmedlingen har således agerat i strid med LOU genom att inte förkasta Kommuncoachernas anbud. Avrop under ramavtalet kommer ske enligt rangordningsprincipen, d.v.s. först tillfrågas den anbudsgivare som placerat sig som nummer 1, därefter den som placerat sig som nummer 2 och sist tillfrågas den som placerat sig som nummer 3. För det fall Kommuncoacherna anbud hade förkastats, skulle Starck istället ha varit den anbudsgivare som skulle ha rangordnats som nummer 1 i ramavtalet. Genom Arbetsförmedlingens felaktiga agerande har Starck därför lidit skada eller kommer i vart fall lida skada.

Arbetsförmedlingen

Arbetsförmedlingen anför i huvudsak följande till stöd för sin talan.

Arbetsförmedlingen har i enlighet med 14 kap. 7 § LOU begärt att en av anbudsgivarna, Kommuncoacherna, byter ut ett företag vars kapacitet åberopats i samband med kvalificering och som inte uppfyller ställda krav i upphandlingen mot annat företag. En upphandlande myndighet har en skyldighet att begära ett sådant utbyte innan kvalificeringen kan slutföras. Kommuncoacherna har därefter bytt ut företaget till ett företag som uppfyller ställda krav i upphandlingsdokumentet. Arbetsförmedlingen har

inte vidtagit någon åtgärd som är i strid med LOU eller någon av de gemenskapsrättsliga principerna som lagen är grundad på. Starck har därmed inte lidit eller riskerat att lida någon skada.

Starck gör en felaktig tolkning av 14 kap. 7 § LOU. Starck påstår att kravet på bevisning för att styrka att leverantören förfogar över de resurser som åberopats ska ses helt isolerat från kravet på omsättning. Kravet på bevisning för att styrka att man förfogar över de resurser som åberopas är emellertid knutet till och en förutsättning för att kravet på omsättning överhuvudtaget ska kunna uppfyllas. I 14 kap. 1 § andra stycket LOU sägs att de krav som myndigheten ställer ska vara lämpliga för att säkerställa att leverantören har den rättsliga och finansiella förmågan för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Det krav som Arbetsförmedlingen ställde för att säkerställa den finansiella förmågan var bland annat att kunna styrka att anbudsgivaren hade tillgång till det åberopade företagets kapacitet när det gäller omsättning. Det kravet innefattade bland annat att bifoga ett letter of intent vilket Kommuncoacherna också gjorde för det första företaget som åberopades. Kravet på ett letter of intent är således kopplat till kravet i 14 kap. 7 §. Därmed är bestämmelsen tillämplig även om det letter of intent som getts in från det tidigare företaget inte skulle anses vara tillräckligt tydligt utformat, vilket bestrids.

Sumo har lämnat in korrekta uppgifter förutom den om finansiell kapacitet. Av det letter of intent som getts in av Sumo framgår att Kommuncoacherna kan åberopa Sumos ekonomiska och finansiella kapacitet i enlighet med kraven i upphandlingsdokumentet, punkterna 3.3.1 och 3.7.1. Eftersom företaget härigenom hänvisar direkt till kraven i upphandlingsdokumentet kan det inte uppfattas på annat sätt än att deras åtagande gäller just på det sättet och för den tiden som stadgas i de nämnda punkterna, det vill säga under den tid som avtalet omfattar. Starck har heller inte visat att det inte skulle vara på det sättet.

Det företag som Kommuncoacherna nu åberopar, Ekman & Partners, uppfyller samtliga ställda krav i upphandlingsdokumentet. Av samarbetsavtalet mellan Kommuncoacherna och Ekman & Partners framgår att det krav som ställs på omsättning och åberopad kapacitet är uppfyllda. Det finns ingen anledning att ifrågasätta vd:ns påstående om Ekman & Partners omsättning och vad den är hänförlig till. Omsättningen styrks även av företagets årsredovisning. Starck påpekar att Ekman & Partners arbetar med flera olika konsultuppdrag som är kopplade till bl.a. coaching för chefer och styrelser. Detta är inte på något sätt unikt för Ekman & Partners utan förekommer hos de flesta konsultföretag. Starck beskriver själva, enligt hemsidan, att bolaget bedriver verksamhet inom karriär- och personalutveckling, rehabilitering och hälsa samt organisation och ledarskap.

Förvaltningsrättens bedömning

När det inledningsvis gäller frågan om tillämpligheten av 14 kap. 7 § LOU gör förvaltningsrätten följande bedömning. Ordalydelsen i bestämmelsen stadgar att den upphandlade myndigheten ska begära byte av företag när ett företag som åberopas av en leverantör inte uppfyller de krav företaget åberopas för. I detta fall har Kommuncoacherna åberopat Sumo för att uppfylla kravet på årsomsättning. Det är således endast om Sumo inte uppfyller kravet på att ha en viss finansiell ställning som bestämmelsen ska tillämpas. Den eventuella bristen i ingivet letter of intent är inte hänförlig till att Sumo inte har en viss årsomsättning, utan till att Kommuncoacherna inte har visat i enlighet med 14 kap. 6 § andra stycket och upphandlingsdokumentet att Kommuncoacherna kommer att kunna förfoga över Sumos kapacitet när kontraktet ska fullgöras. Bestämmelsen i 14 kap. 7 § ska således inte användas för att läka en sådan brist. Detta gäller även om det samtidigt finns en brist avseende Sumos årsomsättning. Avgörande för frågan om Arbetsförmedlingen agerat i strid med LOU eller inte i

kvalificeringsfasen blir därför om ingivet letter of intent uppfyller de krav som anges i 3.7.1 i upphandlingsdokumentet.

I det letter of intent som avser Sumo bekräftar Sumos vd att för det fall Kommuncoacherna tilldelas avtal i upphandlingen kan Kommuncoacherna åberopa Sumos ekonomiska kapacitet för att uppfylla kraven på finansiell styrka enligt punkterna 3.3.1 och 3.7.1. Genom ordvalet bekräftelse och genom hänvisningen till 3.7.1 uppfyller denna skrivning kravet i 3.7.1 på försäkran om att underleverantören är bunden till anbudsgivaren under avtalstiden. Att Arbetsförmedlingen tidigare, vid tilldelningsbeslut den 23 maj 2018, varit av uppfattningen att dokumentet inte innehåller det som efterfrågats påverkar inte denna bedömning. Det är också genom dokumentet tillräckligt tydligt att det är hela Sumos ekonomiska kapacitet som står till förfogande. Sumo får härigenom anses ha klargjort sina åtaganden. Förvaltningsrätten anser därmed att det letter of intent som avser Sumo uppfyller de i upphandlingsdokumentet ställda kraven.

Starck gör även gällande att inte heller det letter of intent som avser Röckner uppfyller kraven i upphandlingsdokumentet. Förvaltningsrätten konstaterar att också detta dokument har en hänvisning till punkterna 3.3.1 och 3.7.1 i upphandlingsdokumentet. Även om formuleringen här är något vagare kan skrivningen inte uppfattas på något annat sätt än att Röckner anser sig bunden till Kommuncoacherna under avtalstiden och att Röckner ställer hela sin ekonomiska kapacitet till förfogande. Härigenom har Röckner klargjort sina åtaganden. Förvaltningsrätten anser därmed att det letter of intent som avser Röckner uppfyller de i upphandlingsdokumentet uppställda kraven.

Arbetsförmedlingen har således haft en skyldighet begära att Kommuncoacherna byter ut Sumo mot ett annat företag som uppfyller kravet på årsomsättning. Den sista frågan förvaltningsrätten har att ta

ställning till är om det nya företaget som Kommuncoacherna åberopat uppfyller kravet på viss årsomsättning. I det ingivna samarbetsavtalet mellan Ekman & Partners och Kommuncoacherna uppges att årsomsättningen i Ekman & Partners uppgick till drygt 11 miljoner kronor för 2017. Uppgiften om årsomsättning styrks av ingiven årsredovisning. Att 9 miljoner kronor av denna omsättning var hänförlig till sådana tjänster som upphandlingen avser bekräftas av vd:n i samarbetsavtalet. Det har inte framkommit tillräckliga skäl att ifrågasätta vd:ns uppgifter. Genom uppgifterna är det visat att Ekman & Partners har den omsättning som krävs. Vidare har det inte påståtts att samarbetsavtalet inte visar att Kommuncoacherna förfogar över Ekman & Partners kapacitet under avtalstiden. Kommuncoacherna uppfyller därmed kravet på finansiell ställning. Arbetsförmedlingen har således agerat korrekt som godtagit Kommuncoachernas anbud.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att de omständigheter som Starck åberopat inte visar att Arbetsförmedlingen i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot bestämmelserna i LOU. Grund för ingripande enligt LOU finns därför inte varför Starcks ansökan ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Anna Önell

Chefsrådman

Anna-Karin Saxvold har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nå för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

