

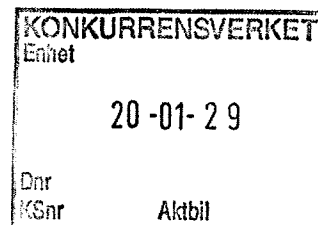


SÖKANDE

UNIK Resurs i Sverige AB, 556052-5833

MOTPARTER

1. Region Östergötland, 232100-0040
2. Aktiebolaget Östgötatrafiken, 556038-8950



SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Region Östergötland genomför i samverkan med Aktiebolaget Östgötatrafiken (nedan gemensamt benämnda myndigheten) upphandling av ramavtal avseende ”rekryteringstjänster” (dnr UC-2017-214). Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt LOU med tilldelningsgrunden de ekonomiska mest fördelaktiga anbuderna utifrån bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Vidare är upphandlingen indelad i två anbudsområden; rekryteringstjänster för chef, specialist, medarbetare (anbudsområde A) och executive searchtjänst för chef, specialist, medarbetare (anbudsområde B). Varje anbudsområde utvärderas och tilldelas var för sig. Avsikten är att teckna avtal med maximalt tre leverantörer per anbudsområde och rangordningen av leverantörerna sker utifrån den ovan angivna tilldelningsgrunden. Östgötatrafiken upphandlar endast tjänster beträffande anbudsområde A. Genom tilldelningsbeslut den 8 oktober 2019 rangordnades UNIK Resurs i Sverige AB (nedan Unik resurs) på andra plats efter Experis AB (nedan Experis) för både anbudsområde A och B.

Dok.Id 409426

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se
www.forvaltningsratten@linkoping.dom.stol.se

Telefax

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

Unik resurs ansöker om överprövning av upphandlingen avseende anbudsområde A och B och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan den rättats på så sätt att ny anbudsutvärdering företas varvid Experis anbud förkastas.

Myndigheten bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖR

Unik resurs

Leverantören ska förfoga över nödvändiga personalresurser och tekniska resurser samt ha sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras (14 kap. 5 § LOU). Vidare kan leverantörer som inte har egen kapacitet åberopa andra företags kapacitet. Det är leverantören som ska visa att den kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras (14 kap. 6 § LOU).

Experis har i sitt anbud angivit att det avser anlita Manpower AB som underleverantör (se punkten 3.7.3). I anbudet beskrivs att Manpower kan komma att anlitas för rekrytering av medarbetare med administrativ och operationell karaktär. Experis, Manpower och ManpowerGroup tillhör samma koncern. Experis har inte på något sätt styrkt att det förfogar över de andra angivna koncernbolagens kapacitet. Att den externa kapacitet som åberopas tillhör ett annat bolag i samma koncern påverkar inte anbudsgivarens skyldighet att bevisa att denne förfogar över resurserna (se t.ex. Kammarrättens i Stockholms mål 3265-17 och EU-domstolens avgörande i mål C-389/92 *Ballast Nedam* och i mål C 176/98 *Holst Italia*).

Teknisk och yrkesmässig kapacitet innefattar att anbudsgivaren ska ha en organisation med kapacitet att hantera och leverera upphandlingsföremålet i

efterfrågad omfattning. Aktuell upphandling avser rekryteringstjänster och executive searchtjänster vid kompetensförsörjningen av chefer, specialister och medarbetare. För att kunna leverera detta har Experis angivit att det ska anlita Manpower för delar som avser rekrytering av medarbetare med administrativ och operationell karaktär. Experis har inte på något sätt styrkt att det förfogar över Manpowers kapacitet avseende detta. Experis kan inte fullgöra avtalet utan att kunna tillsätta tjänster av administrativ eller operationell karaktär. Att en anbudsgivare har teknisk och yrkesmässig kapacitet, själv eller med stöd av andra företag vars kapacitet åberopats, för att kunna leverera det som upphandlas är kvalificeringskrav enligt LOU. Eftersom rekryteringstjänster är det som konkret efterfrågas i upphandlingen måste det styrkas att Experis förfogar över andra företags kapacitet om detta har åberopats. Den upphandlande myndigheten behöver inte ange möjligheten att åberopa annat företags kapacitet eftersom det framgår av LOU. Experis har åberopat underleverantörers kapacitet både avseende att leverera delar av upphandlingsföremålet och nyckelpersoner i den organisation som ska fullgöra avtalet. Härvid ska även påpekas att Experis har haft möjligheten att lämna in ett gemensamt anbud med de företag vars kapacitet de åberopat men har valt att avstå från detta.

Att det inte utan vidare går att nyttja andra företag inom samma koncern har också förtydligats under frågor och svar (se publik fråga 15). En upphandlande myndighet ska inte bortse från uppgifter som framkommer efter det att tilldelning har skett, även om uppgifterna framkommer i samband med överprövningsprocessen (se Kammarrätten i Göteborgs mål 4904-09).

Experis har i anbudet angivit kontaktpersoner för avtalsfrågor och socialt ansvar som inte är anställda av Experis. Personerna är i stället anställda av ManpowerGroup. Detta styrks av profiler i sociala medier. Att ange efterfrågade kontaktpersoner respektive att underleverantör kommer att

arbeta med att rekrytera tjänster av administrativ och operationell karaktär är att betrakta som yrkesmässig kapacitet och utgör kvalificeringskrav i upphandlingen. Eftersom Experis inte har styrkt att det förfogar över de andra företagens kapacitet som åberopas ska anbudet rätteligen förkastas i enlighet med LOU.

Myndigheten

Experis har inte varit tvungen att bifoga ett åtagande eller dylikt enligt 14 kap. 6 § LOU. Experis har i anbudet uppgett att det avser att anlita underleverantör, vilket inte är detsamma som att åberopa ett annat företags kapacitet för uppfyllande av kvalificeringskrav. Experis uppfyller självt kvalificeringskraven i upphandlingen.

Under punkten 3.7.3 i upphandlingsdokumentet har anbudsgivare haft att lämna vissa uppgifter för det fall anbudsgivaren avser att anlita underleverantör för viss del av uppdraget. Enligt upphandlingsdokumentet har det inte varit nödvändigt för anbudsgivare att bifoga ett kapacitetsåtagande för åberopad underleverantör. I LOU görs skillnad mellan åberopande av annans kapacitet för uppfyllande av kvalificeringskrav och anlitan av underleverantör. Bestämmelser om kvalificering finns i 14 kap. LOU. Kvalificeringskrav är begränsade till krav på behörighet att utöva yrkesverksamhet, ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet. Av 14 kap. 6 § LOU framgår uttryckligen att leverantör för ett visst kontrakt får åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet. Samtliga kvalificeringskrav i upphandlingen avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet uppfylls dock av Experis självt. Experis har således inte åberopat annat företags kapacitet på ett sådant sätt att ett åtagande enligt 14 kap. 6 § LOU är behövligt.

Unik resurs är uppenbarligen av uppfattningen att alla krav på tjänsten i upphandlingen är kvalificeringskrav, vilket inte är korrekt. I aktuellt fall har det ställts specifika krav på ekonomisk, teknisk och yrkesmässig kapacitet, vilka Experis självt har uppfyllt. Att det i upphandlingen därutöver har ställts krav på tjänsten och där Experis kan komma att anlita underleverantör för vissa tjänster, innebär inte att Experis har åberopat annat företags kapacitet på så sätt att ett kapacitetsåtagande enligt 14 kap. 6 § LOU behövts.

Unik resurs anför att arbetet med att rekrytera tjänster av administrativ och operationell karaktär och kontaktpersoner är att betrakta som yrkesmässig kapacitet och utgör kvalificeringskrav i upphandlingen. Detta är dock inte att betrakta som kvalificeringskrav på så sätt som Unik resurs gör gällande. Vad gäller rekryteringen är det krav för uppdraget och vad gäller kontaktpersoner utgör det avtalsvillkor (se avsnitt 4 kommersiella villkor i upphandlingsdokument). Det ska även påpekas att Experis i anbudet angett att det inte kan leverera utan underleverantör. I anbudet angavs att underleverantör kan komma att leverera under kategorin medarbetare avseende tjänster av mer administrativ och operationell karaktär.

Det som Unik resurs anför om att Experis hade kunnat lämna in ett gemensamt anbud med andra företag i koncernen ska lämnas utan avseende. Eftersom Experis självt uppfyller kvalificeringskraven i upphandlingen har det inte varit aktuellt med ett gemensamt anbud. Unik resurs hänvisning till frågor och svar (publik fråga 15) är också missvisande. Frågan handlar om ett avtalsvillkor som gör gällande att fakturering inte får överlåtas på tredje part utan skriftligt godkännande av köparen (se punkten 4.6.1 i upphandlingsdokumentet). Denna fråga med tillhörande svar har inte någon som helst relevans för frågan i detta mål.

Sammanfattningsvis har myndigheten inte brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

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

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 § LOU anges bl.a. att en upphandlande myndighet i upphandlingen får ställa krav på att leverantörer ska vara kvalificerade i vissa avseende. Kraven får avse endast

1. behörighet att utöva yrkesverksamhet enligt 2 §,
2. ekonomisk och finansiell ställning enligt 3 och 4 §§, eller
3. teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt 5 §.

De krav som myndigheten ställer ska vara lämpliga för att säkerställa att leverantören har den rättsliga och finansiella förmåga och den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Alla krav ska ha anknytning till det som ska anskaffas och stå i rimlig proportion till detta. Kraven kan uttryckas som minimikrav på förmåga.

Enligt 14 kap. 5 § LOU får ett krav enligt 1 § första stycket 3 innebära att leverantören ska förfoga över nödvändiga personalresurser och tekniska resurser samt ha sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard.

Av 14 kap. 6 § LOU framgår bl.a. följande. En leverantör får för ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet. Detta gäller oavsett den rättsliga arten av förbindelser mellan leverantören och företagen. Det är leverantören som ska visa att den kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot en upphandling på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i LOU.

Som huvudprincip gäller att det åligger den part som gör gällande att en upphandlande myndighet har brutit mot bestämmelserna i LOU att visa att skäl för begärd åtgärd föreligger enligt nämnd lagstiftning.

Unik resurs har gjort gällande att Experis rätteligen borde ha diskvalificerats från anbudsutvärderingen i upphandlingen på grund av att Experis inte har styrkt att det faktiskt förfogar över i anbudet åberopade företags kapacitet när kontraktet ska fullgöras.

Myndigheten har invänt bl.a. att Experis inte har åberopat andra företags kapacitet för att uppfylla kvalificeringskrav i upphandlingen. Enligt myndigheten har Experis i anbudet angett att det avser att anlita

underleverantör för viss del av uppdraget och att det i detta hänseende inte krävs att anbudsgivare till anbudet lämnar ett kapacitetsåtagande eller liknande.

Enligt 14 kap. 6 § LOU får en leverantör för ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet. Det är leverantören som ska visa att den kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras (se även EU-domstolens avgörande C-176/98 *Holst Italia Spa*). Inom ramen för kontroll av om sådant förfogande är för handen är det inte tillåtet att presumera att en anbudsgivare förfogar eller inte förfogar över de resurser som är nödvändiga för att fullgöra kontraktet (se EU-domstolens avgörande i mål C-234/14 *Ostas celtnieks*).

Enligt punkten 3.7.2, *Underleverantör*, i upphandlingsdokumentet ska anbudsgivare som avser att anlita underleverantör för viss del av uppdraget specificera hur stor del av uppdraget som ska utföras av underleverantör, såvida det inte är fråga om arbetsuppgift av mindre betydelse för uppdragets utförande. Av punkten 3.7.3, *Specifikation av underleverantör*, framgår vidare att om anbudsgivare som avser att anlita underleverantör ska anbudsgivaren lämna uppgifter om underleverantörens företagsnamn, organisationsnummer och hur stor del av uppdraget som omfattas specificerat per underleverantör.

Förvaltningsrätten konstaterar att Experis i sitt anbud inte har åberopat andra företags kapacitet för att uppfylla något kvalificeringskrav avseende ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet i upphandlingen. Inget annat har kommit fram än att Experis självt uppfyller kvalificeringskraven i upphandlingen. I aktuellt fall har det därmed inte ålegat Experis att till anbudet lämna sådan bevisning som avses i 14 kap. 6 § LOU.

Beträffande kravet på att anbudsgivare ska ange om underleverantör avses att anlitas för del av uppdragets utförande utgör det enligt förvaltningsrätten inte ett sådant krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt 14 kap. LOU. Bestämmelserna i 14 kap. 6 § LOU är därmed inte tillämpliga i aktuellt fall. Kravet ifråga rör att anbudsgivaren i anbudet ska lämna vissa uppgifter som avser fullgörandet av kontraktet som är föremål för nu aktuell upphandling, det vill säga om underleverantörer kommer att användas. Förvaltningsrätten konstaterar härvid att upphandlingsdokumentet i relevant avseende inte innehåller något krav på att anbudsgivare, utöver att specificera företagsnamn, organisationsnummer samt de delar av uppdraget som underleverantören ska utföra, behöver lämna några ytterligare uppgifter eller handlingar som visar att denne faktiskt förfogar över åberopad underleverantörs kapacitet.

Förvaltningsrätten konstaterar att publik fråga 15 under frågor och svar i upphandlingen avser ett avtalsvillkor avseende att fakturering inte får överlåtas till tredje part utan skriftligt godkännande av köparen. Vad Unik resurs har anfört i denna del innebär således inte att det enligt upphandlingsdokumentet har åvilat anbudsgivare i anbudet visa att denne förfogar över åberopad underleverantörs kapacitet.

Förvaltningsrätten konstaterar att Experis i anbudet har lämnat efterfrågade uppgifter under punkterna 3.7.2 och 3.7.3 i upphandlingsdokumentet och därmed uppfyllt kraven ifråga. Som ovan konstaterats har det inte åvilat Experis att till anbudet lämna handlingar som visar att denne förfogar över åberopad underleverantörs kapacitet enligt 14 kap. 6 § LOU eller upphandlingsdokumentet. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att myndigheten därmed har förfarit korrekt enligt LOU genom att kvalificera Experis för anbudsutvärdering i upphandlingen.

Av punkterna 4.1.3.1 och 4.1.3.3 i upphandlingsdokumentet framgår att anbudsgivaren ska ange kontaktperson för avtalsfrågor respektive kontaktperson för socialt ansvar. Angivandet av kontaktpersoner utgör avtalsvillkor. Det är alltså inte fråga om ett kvalificeringskrav. Den omständigheten att Experis angett personer som är anställda hos annat företag innebär enligt förvaltningsrätten inte att annat företags kapacitet åberopas på sådant sätt som avses i 14 kap. 6 § LOU. Vad Unik resurs har anfört i detta hänseende visar således inte att Experis anbud har brustit i uppfyllelse av något obligatoriskt krav eller att myndigheten har överträtt någon bestämmelse i LOU eller i upphandlingsdokumentet genom att kvalificera Experis för anbudsutvärdering i upphandlingen. Vad Unik resurs har anfört om möjlighet till att lämna gemensamt anbud visar inte heller att det finns grund för ingripande mot upphandlingen.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att det inte har kommit fram skäl för ingripande mot upphandlingen enligt 20 kap. 6 § LOU utifrån vad Unik resurs har anfört i målet. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Magnus Wickström
rådman

Föredragande har varit Robert Larsson.



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.