

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

DOM
2016-04-18
Meddelad i
StockholmMål nr
27159-15**SÖKANDE**Rengörare Näslund AB, 556169-6872
Box 5895
102 40 Stockholm**MOTPART**Riksgälden
103 74 Stockholm**SAKEN**

Offentlig upphandling

**Ankomstdatum**
2016-04-18

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 695575

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.

Riksgälden genomför upphandling av lokalvård, dnr RG 2015/645.

Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande i enlighet med lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). I tilldelningsbeslut den 10 december 2015 meddelade Riksgälden att myndigheten har för avsikt att teckna avtal med annan leverantör än Rengörare Näslund AB (RN).

RN ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän dels rättelse har gjorts på så sätt att RN:s anbud utvärderas i konkurrens med övriga, dels att vinnande anbud diskvalificeras varefter ny sammanräkning genomförs och nytt tilldelningsbeslut fattas. RN anför som grund bl.a. följande. I förfrågningsunderlagets obligatoriska krav 13 framgår att även underleverantörer ska uppfylla det obligatoriska krav 15 gällande nyckeltal för lönekostnad. Av krav 15 framgår bl.a. att anbudsgivarens lönekostnad ska uppgå till minst 65 procent av bolagets omsättning, enligt den senast fastställda årsredovisningen. Kravet är både oproportionerligt och direkt konkurrensbegränsande i den bemärkelsen att företag i andra branscher än lokalvård inte har jämförbara ekonomiska förutsättningar och därför inte heller kan jämföras på det sätt som kravet antyder. Därtill är det vinnande anbudet troligen behäftat med brister eftersom någon underleverantör av entrémattstvätt inte redovisats.

Riksgälden bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. I upphandlingen har Riksgälden ställt krav på nyckeltal för lönekostnad för att stävja användandet av svart arbetskraft. Kravet på lönekostnad om minst 65 procent av bolagets omsättning är ett proportionerligt och rimligt krav avseende uppdrag inom lokalvård. Andra myndigheter har tillämpat högre krav vid motsvarande upphandlingar. Upphandlingen omfattar alla de delar som anges i anbudsförfrågan. Upphandlingen kan inte delas upp i olika delar utan en leverantör ska lämna anbud på hela. Riksgälden har i upphandlingen tillå-

tit användande och återopande av underleverantörer. Kravet om nyckeltal för lönekostnad gäller även för underleverantörer för att stävja svartarbete och för hela upphandlingen, såväl för löpande lokalvård som för tilläggs-tjänster. Det saknas anledning för Riksgälden att ifrågasätta den information som lämnats av övriga anbudsgivare.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Rätten kan då endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Riksgälden har förkastat RN:s anbud med anledning av att bolaget inte uppfyller det obligatoriska krav 15 Nyckeltal för lönekostnad i förfrågningsunderlaget när det gäller underleverantör. Av krav 15 Nyckeltal för lönekostnad framgår bl.a. att anbudsgivarens lönekostnad ska uppgå till minst 65 procent av bolagets omsättning enligt den senast fastställda årsredovisningen. Av krav 13 Underleverantörer framgår bl.a. att eventuella underleverantörer ska, var för sig, minst uppfylla krav 5, 9–12 och 15 i det fall som underleverantörerna bistår med resurser för att utföra uppdraget eller tilläggs-tjänster.

RN har i anbudet uppgett att bolaget kommer att anlita underleverantör för tilläggstjänsten entrémattor och anfört bl.a. följande. Ett av Stockholms största och äldsta tvätterier ska tvätta och leverera entrémattor. Företaget har nio anställda och deras stora kostnader utgörs inte av lönekostnader utan i stället kostnader för maskinell utrustning. Det går därför inte att jämföra lönekostnader i dessa branscher. En normal lönekostnad i förhållande till omsättningen i tvätteribranschen ligger på runt 35 procent. Underleverantören uppfyller därmed inte krav 15 på en lönekostnad om 65 procent av omsättningen. RN uppfattar kravet som relevant för lokalvårdsföretag då 65 procents lönekostnad i förhållande till omsättning ligger inom ramen för vad branschorganisationen tagit fram som nyckeltal/riktvärde gällande personalkostnad för lokalvårdsföretag. RN anser dock att kravet är både oproportionerligt och direkt konkurrensbegränsande i den bemärkelsen att företag i andra branscher än lokalvårdsföretag inte har jämförbara ekonomiska förutsättningar och därför inte heller kan jämföras på det sätt som kravet antyder.

**Är kravet om nyckeltal för lönekostnad ett proportionerligt krav
beträffande underleverantörer?**

Av förarbetena till LOU framgår bl.a. att proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas (se prop. 2009/10:180 s. 91). Det anges också att uppställda krav ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas (prop. 2006/07:128 s. 132). I upphandlingens utvärderingsfas innebär proportionalitetsprincipen enligt doktrinen bl.a. att en uppgift som diskvalificerar en leverantör måste vara relevant för den aktuella upphandlingen och rimligen inte vara av oväsentlig betydelse (Hentze och Sylvén, Offentlig upphandling – kommentarer, uppl. 1:3 s. 16).

Av EU-praxis framgår att bedömningen ska ske i tre steg varav det andra steget är det som framträder tydligast. För det första ska en bedömning göras av om åtgärden är lämplig och effektiv för att uppnå eftersträvat syfte.

För det andra ska en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet eller om det finns någon mindre ingripande alternativ och för det tredje om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Fråga blir då om det av Riksgälden uppställda krav 13 att även en underleverantör ska uppfylla krav 15 om nyckeltal för lönekostnad är ett nödvändigt krav för att uppfylla det eftersträvade syftet.

Riksgälden har uppgett att syftet med det ställda kravet är att motverka svart arbetskraft och att det är ett proportionerligt och rimligt krav i upphandlingar gällande lokalvård. Kravet ska därför gälla såväl leverantörer som underleverantörer. RN anser att kravet är proportionerligt såvitt det avser leverantören som är ett lokalvårdsföretag men att det blir oproportionerligt beträffande underleverantören då den underleverantör som RN avser att anlita verkar i en annan bransch, tvätteribranschen.

Förvaltningsrätten anser att ett krav på att lönekostnaden ska vara en viss procent av omsättningen i och för sig kan ha effekt för att uppnå det av Riksgälden angivna syftet att motverka svart arbetskraft. Att ett krav på en viss procents lönekostnad är proportionerligt inom en bransch innebär dock inte att kravet är direkt överförbart på företag inom andra branscher, t.ex. branscher som utför tjänster där maskinell utrustning används i större utsträckning. Sådana tjänster, i detta fall mattvätt, efterfrågas även i den nu aktuella upphandlingen. Enligt förvaltningsrätten kan det inte uteslutas att en låg personalkostnad i branscher som utför sådana tjänster har andra orsaker än att en underleverantör använder svart arbetskraft. Det kan t.ex., som RN anfört, bero på att företaget har få anställda och i stället har större kostnader för maskinell utrustning.

Att uppställa ett krav på att underleverantörer, oavsett vilken bransch dessa är verksamma i, ska ha lönekostnader som uppgår till samma procent av omsättningen som kan krävas i leverantörens bransch, kan enligt förvaltningsrättens mening innebära att seriösa leverantörer utestängs från upphandlingen för det fall de anlitar underleverantörer som av någon anledning har en lönekostnad som är lägre än den procentsats som kan krävas i leverantörens bransch. Förvaltningsrätten anser därför, och med beaktande av vad RN anfört, att den negativa effekt som det uppställda kravet får på en leverantörs möjlighet att lämna anbud är oproportionerlig jämfört med det eftersträlvade syftet. Kravet att även underleverantörer ska uppfylla krav 15 om en lönekostnad om minst 65 procent av omsättningen är därför inte förenligt med LOU:s proportionalitetsprincip. Riksgälden har därmed, genom att uppställa kravet, brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Har RN lidit skada?

För att en ansökan om överprövning av en upphandling ska bifallas krävs att två kriterier är uppfyllda. Dels krävs att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU. Dels krävs att detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Det är följaktligen inte tillräckligt att en överträdelse av de grundläggande principerna eller av någon annan bestämmelse i LOU har skett om inte den leverantör som ansöker om överprövning har lidit eller kan komma att lida skada till följd av överträdelsen.

I rättspraxis har den anbudsgivare vars anbud rätteligen uteslutits i kvalificeringsfasen inte längre betraktats som en presumtiv leverantör. En sådan anbudsgivare kan därmed normalt inte lida eller komma att lida skada (jfr bl.a. Kammarrätten i Stockholms domar den 26 november 2010 i mål nr 3480-10 och 12 mars 2014 i mål 7070-7077-13 samt Kammarrätten i Jönköpings dom den 11 april 2014 i mål nr 2658-2667-13).

Eftersom RN har uteslutits på grund av det fel som begåtts i upphandlingen har bolaget lidit eller i vart fall riskerat att lida skada. Det finns således grund för ingripande enligt LOU.

Val av åtgärd

I mål om offentlig upphandling ska domstolar som huvudregel inte pröva andra omständigheter än de som åberopats av den part som gör gällande att upphandlingen är felaktig (se RÅ 2009 ref. 69). Domstolen är emellertid obunden av parts yrkanden när det gäller frågan om en upphandling ska göras om eller rättas. Domstolen kan alltså, oberoende av hur yrkandet har utformats, välja att bifalla en ansökan om överprövning genom att besluta att upphandlingen ska göras om eller rättas (se RÅ 2005 ref. 47). Högsta förvaltningsdomstolen har slagit fast att med denna befogenhet får anses följa en skyldighet för den överprövande domstolen att undersöka förutsättningarna för de olika åtgärderna (se RÅ 2008 not. 26). En förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att de fel som förekommit inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

Förvaltningsrätten har i målet funnit att krav som Riksgälden uppställt i upphandlingen strider mot proportionalitetsprincipen. Felet rör således hur förfrågningsunderlaget utformats och är därmed hänförligt till det s.k. konkurrensuppsökande skedet. Eftersom det fel som har begåtts är hänförligt till förfrågningsunderlaget och det inte kan uteslutas att felet medfört att leverantörer avstått från att lämna anbud anser förvaltningsrätten att någon annan åtgärd än att upphandlingen ska göras om inte kan komma i fråga. Vid denna utgång saknar förvaltningsrätten anledning att pröva om det finns skäl för ingripande enligt LOU även på annan grund.

Förvaltningsrätten finner således att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Daniel Wanhatalo

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Freddy Nyberg 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

der 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.