



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2017-03-06

Meddelad i Stockholm

Mål nr

27019-16

SÖKANDE

BemannIQ AB, 556947-2375

Sveavägen 155

113 46 Stockholm

MOTPART

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798

Box 90132

120 21 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2017 -03- 0 6	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår BemanniQ AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 819073

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

YRKANDEN M.M.

SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) genomför en upphandling benämnd Bemanningstjänster till skolverksamhet, STIC 2016, 10360, med stöd av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Något tilldelningsbeslut har ännu inte fattats i upphandlingen. Upphandlingen genomförs enligt bestämmelserna för förenklat förfarande, 15 kap. 3 § LOU.

BemannIQ AB (BemannIQ) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta om att upphandlingen ska göras om alternativt att förfrågningsmaterialet justeras och att anbudstiden förlängs och anför i huvudsak följande. Kravet att referensuppdrag är på företagsnivå strider mot likabehandlingsprincipen samt proportionalitetsprincipen. Detta krav hindrar små och nystartade bolag från att lämna anbud och är således konkurrensbegränsande.

Det är mycket vanligt att upphandlande enheter tillåter att referenser även kan kopplas till personer i företagets ledning. På grund av referenskravets utformning kan BemannIQ inte åberopa en nyckelperson i företaget som har mångårig erfarenhet av skolbemanning från tidigare uppdragsgivare för redovisande av referensuppdrag knutna till denna person. För att visa att anbudslämnaren har tillräcklig kompetens och kapacitet bör det vara tillfyllest att visa att bemanningsföretaget har en väl förankrad och kvalitetssäkrad rekryterings- och bemanningsprocess och att det finns personer i företagets ledning eller annan nyckelperson som kan visa att den har erfarenhet av att leverera de tjänster som upphandlas. Att inte tillåta referenser knutna till en nyckelperson i anbudsgivarens organisation syftar till att begränsa kretsen av potentiella anbudsgivare och gynna redan etablerade aktörer. Den negativa effekt som kravet innebär måste anses vara oproportionerlig i förhållande till det syfte som eftersträvas, att kvalificera en lämplig leverantör av bemanningstjänster avseende lärarvikarier.

På grund av det uppställda kravet har BemannIQ lidit skada eller riskerar att lida skada eftersom BemannIQ hindras att lämna anbud och därmed inte kan tilldelas kontrakt i upphandlingen.

SKI bestrider bifall till BemannIQs yrkanden och anför bl.a. följande. Upphandlingen avser ett ramavtal för bemanningstjänster som löper under en längre tid och där arbetsuppgifter kommer att fullgöras av olika personer hos leverantören. Det kan därför vara bättre att ställa kraven på organisationen än på en viss anställd. Själva syftet med erfarenhetskrav är att sortera leverantörer med relevant erfarenhet från leverantörer som saknar sådan erfarenhet. Att göra så är inte diskriminering som BemannIQ påstår.

Upphandlande myndigheter har stor frihet att bestämma vilka krav som ställs i en upphandling. SKI har bedömt att erfarenhetskrav kan visa att leverantören har kunnat leverera tjänsterna på ett godkänt vis och sannolikt även kommer att göra så i framtiden. Detta krav – tillsammans och i samverkan med de krav som ställs på kvalitetssäkringssystem och arbetsrutiner – säkerställer att den vinnande leverantören har erfarenhet av att tillhandahålla de upphandlande tjänsterna och dessutom rutiner för att tillvarata erfarenheter och upprätthålla kompetens och kvalitet över avtalstiden. Syftet med ställt erfarenhetskrav är att säkerställa att leverantören har förmåga att utföra uppdrag avtalsenligt under hela ramavtalsperioden. Det finns mot denna bakgrund problem med att låta en persons arbete inom en organisation ersätta ett krav på att en organisation har erfarenhet. Kravställd effektivitet och kvalitet på tjänsten skulle inte säkerställas lika väl om kravet utformats som BemannIQ föreslår. Om erfarenheten endast finns hos en nyckelperson så kommer erfarenheten inte att finnas om personen blir sjuk eller avslutar sin anställning. Det ställda kravet är ändamålsenligt och lämpligt. Det strider inte mot proportionalitetsprincipen.

BemannIQ menar att kravet är konkurrensbegränsande. SKI förstår inte riktigt vad som avses. Själva syftet med att ställa krav på leverantörerna är att begränsa konkurrensen. Genom sådana krav begränsar upphandlande myndigheter kretsen av leverantörer som kan leverera till att endast omfatta de som är lämpliga.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling har genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, som trädde i kraft den 1 januari 2017, upphävts. Av övergångsbestämmelser framgår dock att den upphävda lagen gäller för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Den aktuella upphandlingen påbörjades före den 1 januari 2017 varför lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) är tillämplig.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört 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 denne lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Upphandlingen är uppdelad i fyra tjänsteområden, tillika anbudsområden: A) Förskola, B) Förskoleklass och grundskola, C) Gymnasium och vuxenutbildning D) Särskola. Respektive tjänsteområde utgör ett anbudsområde och utvärderas var för sig. I förfrågningsunderlaget finns det för varje respektive tjänsteområde ett likalydande referenskrav enligt vilket leverantören ska påvisa företagets tidigare erfarenhet av att arbeta med uppdrag av

motsvarande art. Detta visas genom två (2) referensuppdrag avseende bemanningstjänst inom respektive tjänsteområde, exempelvis inom förskola för tjänsteområdet förskola. Därefter anges ytterligare specifikationer angående referensuppdragen och vilken personal inom respektive tjänsteområde som referensuppdraget ska omfatta tillhandahållandet av.

Förvaltningsrättens bedömning

Förutsättningarna för varje upphandling fastställs i förfrågningsunderlaget. Det står en upphandlande myndighet fritt att uppställa vilka krav man vill så länge kraven är förenliga med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som är ändamålsenligt för upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband och stå i proportion till det behov som ska täckas (jfr prop. 2006/07:128 s. 132). För att vara proportionerligt måste kravet anpassas efter sina syften. Om det finns ett annat och mindre ingripande sätt att uppnå syftet med kravet, ska detta mindre ingripande sätt användas.

Principen om likabehandling syftar till att alla anbudsgivare ska ges samma möjligheter när de utformar sina anbud. Det innebär bl.a. att lika situationer inte får behandlas olika och att utvärderingskriterier i en upphandling ska tillämpas lika gentemot samtliga leverantörer som deltar i upphandlingen. Principen medför dock inte en skyldighet för upphandlande myndighet att kompensera för inneboende, naturliga konkurrenshinder så som typiskt sett drabbar vissa leverantörer mer än andra t.ex. höga inträdesbarriärer på en marknad.

Det i upphandlingen aktuella referenskravet skulle som sökanden framhållit kunna hindra nystartade bolag från att lämna anbud. Det förhållandet får

dock inte omöjliggöra åberopande av referensuppdrag i fall där särskild komplexitet i referensuppdraget är för handen och detta efterfrågas i upphandlingen. Sådan referens måste kunna ges giltighet i fall där särskild fackmannamässig kompetens efterfrågas utan att det ska anses strida mot de gemenskapsrättsliga principerna på området. Självfallet erbjuder ett företags samlade resurser och erfarenhet på det efterfrågade området ett större mått av kravtillgodoseende än om kompetensen och erfarenheten knyter an endast till en bestämd medarbetare i företaget. Detta gör sig särskilt gällande i ett fall som det nu aktuella med personalförsörjning på skolområdet med dess omfattande och detaljerade lagreglering och styrning av verksamheten. Vad SKI anfört om kontinuitet och särskild erfarenhet är enligt förvaltningsrätten bärande skäl för att inte behöva bli beroende av kompetens med anknytning enbart till en viss person i företaget.

Förvaltningsrätten anser därmed att uppställt referenskrav på själva företaget är adekvat och relevant och har ett naturligt samband med det som efterfrågas i upphandlingen. Mot bakgrund av att det är ett ramavtal för bemanningstjänster under en längre tid finner förvaltningsrätten att kravet får anses vara proportionerligt och således inte strida mot proportionalitetsprincipen. Förvaltningsrätten bedömer även att kravet är utformat på ett sådant sätt att det gäller lika för alla anbudsgivare.

Förvaltningsrätten finner att BemannIQ inte heller i övrigt visat att SKI har brutit mot de övriga grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. BemannIQs 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

Tanja Lindqvist har handlagt 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.