



SÖKANDE

Lärarjouren i Sverige AB, 556604-4458
Frejgatan 30
113 49 Stockholm

Ombud: Advokat Kristian Pedersen, jurist Karolina Kjellberg och jurist
Viktor Robertson
Advokatfirman Kahn Pedersen KB
Box 16119
103 23 Stockholm

MOTPART

Ängelholms kommun
262 80 Ängelholm

Ombud: Gina Magnusson Skoglund
Östra vägen 2
262 80 Ängelholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Lärarjouren i Sverige AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

BAKGRUND

Ängelholms kommun genomför upphandling avseende bemanningstjänster – förskola och skola (KS 2018/367). Upphandlingen genomförs enligt reglerna om öppet förfarande i LOU. Upphandlingen är uppdelad i två anbudsområden: 1. Förskola och 2. F-9, fritidshem och gymnasium. Av tilldelningsbeslut framgår att Studentvikarie Sverige AB (Studentvikarie) har antagits som leverantör avseende båda anbudsområdena.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Lärarjouren i Sverige AB (Lärarjouren) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Lärarjouren yrkar att förvaltningsrätten inom ramen för sin utredningsskyldighet ska begära in anbuden från Studentvikarie och Skandinaviska Bemanningspoolen från kommunen för en kontroll av om de referensuppdrag som bolagen angett uppfyller de krav som ställts i upphandlingen.

Lärarjouren har mycket god kännedom om marknaden för bemanningstjänster och har av denna anledning även kännedom om de kontrakt som dess konkurrenter har ingått. Mot denna bakgrund konstaterar Lärarjouren att det är mycket sannolikt att de referensuppdrag som vissa av anbudsgivarna åberopat inte uppfyller de krav som ställts i upphandlingen.

Lärarjouren har uttömt alla sina medel för att själv kontrollera om uppgifterna är korrekta genom att moderbolaget Pedagogpoolen har begärt att få ta del av uppgifter om vilka referensuppdrag som anbudsgivarna åberopat i sina anbud men nekats detta. Eftersom Lärarjouren på ett klart och tydligt

sätt har redogjort för de omständigheter som bolaget grundar sin talan på ankommer det på förvaltningsrätten att begära in handlingarna.

Kommunen har brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och öppenhet och därmed mot LOU genom att utvärdera anbuden från Studentvikarie Sverige AB, Skandinaviska Bemanningspoolen AB och Bemania AB trots att dessa leverantörer inte uppfyllde ställda kvalificeringskrav i upphandlingen. Vidare har Bemania AB tillåtit göra en otillåten komplettering av uppgifterna i sitt anbud.

Om Lärarjouren vetat om att kommunen skulle frånga ställda kvalificeringskrav hade Lärarjouren deltagit med anbud i upphandlingen och haft möjligheten att tilldelas kontrakt. Genom att fråntas denna möjlighet har Lärarjouren lidit, eller i vart fall riskerat att lida skada.

Eftersom överträdelserna påverkat Lärarjourens möjligheter att delta med anbud i upphandlingen har bristerna påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede och upphandlingen ska därför göras om.

Eftersom Lärarjouren inte uppfyllde de högt ställda kraven på referenser avstod bolaget från att lämna anbud. I samband med att tilldelningsbeslutet publicerades har det kommit till bolagets kännedom att kommunen inte har upprätthållit de stränga kraven på referensuppdragens omfattning utan istället har tillåtit leverantörer att delta med anbud trots att de inte uppfyller gällande kvalificeringskrav.

När det först gäller Studentvikarie så framgår det av referensuppdrag 2 att det åberopade uppdraget endast pågått i sju månader från anbudstidens utgång och det uppfyller därmed inte kravet på att uppdraget ska ha haft en längd om minst tolv månader. Detta styrks även av att kommunen genom en

riktad fråga (När utfördes uppdraget?) frågat hur bolaget anser att det uppfyller kravet. Bolaget har dock inte genom sitt svar (2018-01-01 och är pågående) kunnat visa att det åberopade referensuppdraget uppfyller det aktuella kravet.

Vidare uppfyller inte heller Studentvikaries referensuppdrag 1 kraven i upphandlingen. För att kunna kontrollera att det faktiskt föreligger brister i dessa uppgifter krävs att förvaltningsrätten begär in de aktuella uppgifterna.

Angående Skandinaviska Bemanningspoolen AB har även detta bolag på fråga när uppdraget utfördes svarat att uppdraget pågått från augusti 2017 och är pågående idag. Av detta framgår att uppdraget endast pågått i tio månader från anbudstidens utgång och uppfyller därmed inte kravet om att uppdraget ska ha haft en längd om minst tolv månader. Bolaget har anfört att det handlar om en felskrivning avseende uppdragets påbörjande, vilket kommunen synes ha godtagit. Genom att bolaget har tillåtits ändra uppgifter i sitt anbud har bolaget även fått göra en otillåten komplettering i strid med bestämmelserna i LOU och principerna om öppenhet och likabehandling.

Av bolaget Bemannia AB:s anbud framgår att referensuppdrag 2 påbörjades 2011-05-01 – 2015-03-31 samt 2017-09-04 – pågående. Inte heller i detta fall uppfyller de åberopade uppdraget de av kommunen uppställda kraven på referensuppdrag eftersom det första uppdraget utfördes för mer än tre år sedan och det senaste inte pågått i minst tolv månader. Trots detta tilläts Bemannia AB delta med sitt anbud.

Ängelholms kommun (kommunen) anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Kommunen har inte frångått de uppställda kvalificeringskraven. Någon skyldighet att kontrollera om obligatoriska krav är uppfyllda finns normalt

inte. Enligt LOU samt upphandlingsdokumenten kan kommunen välja att använda sig av begränsad kontroll vilket innebär att endast den vinnande anbudsgivarens anbud kontrolleras gentemot samtliga kvalificeringskrav.

Kommunen har inte ställt något krav på att anbudsgivarna ska inkomma med intyg på att kraven är uppfyllda. Anbudsgivarna ska i upphandlingen endast uppge att de har utfört uppdrag av tillräckligt stor omfattning för att klara av att fullfölja avtalet. Kommunen har med anledning av vissa otydligheter i anbudet begärt in kompletteringar från nedan anbudsgivare.

Kommunen har under kvalificeringsfasen kontrollerat en av Studentvikaries angivna referenser. Kommunen har begärt in förtydligande från Studentvikarie. Förtydligandet styrker att kvalificeringskraven är uppfyllda. Båda referensuppdragen som Studentvikarie har uppgett har haft en längd om minst 12 månader, varför kommunen funnit detta tillräckligt.

Lärarjournens påstående om att Studentvikaries referensuppdrag 2 inte skulle uppfylla kravet på en längd om minst 12 månader är felaktig. Referensuppdraget påbörjades 2015 och är pågående, vilket således är över 3,5 år. Detta förtydligas i frågor och svar.

Vad beträffar anbudsgivaren Skandinaviska Bemanningpoolen AB (Bemanningspoolen) anser kommunen att förtydligandet är tillåtet och utgör rättelse av felskrivning i enlighet med LOU.

Av förtydligandet som kommunen begärt in från Bemannia AB har det framkommit att det uppgivna referensuppdraget har pågått från 2011-05-01 och är pågående. Att uppdraget under en tid har utförts under avtalslöst tillstånd på grund av överprövning påverkar inte referensuppdragets faktiska längd. Varför detta uppfyller kvalificeringskravet om minst 12 månaders längd.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU behandla alla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som har lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Talerätt

Av 20 kap 4 § LOU framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada kan begära överprövning av en upphandling. En förutsättning för att en leverantör ska ha rätt att få en viss upphandling överprövad är att denne har eller har haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i samma upphandling (jfr HFD 2017 ref. 62).

Det får enligt förvaltningsrätten stå klart utifrån utredningen i målet att Lärarjouren har haft intresse att tilldelas kontrakt i förevarande upphandling, varför de får anses ha rätt att föra talan om överprövning av upphandlingen.

Likabehandling

En av huvudprinciperna i LOU är att anbud som inte uppfyller samtliga ställda obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet.

Lärarjouren gör gällande att kommunen genom att ha utvärderat anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen har brutit mot LOU och likabehandlingsprincipen.

Någon skyldighet för en upphandlande myndighet att närmare kontrollera uppgifterna i ett anbud om att ett krav är uppfyllt finns inte om omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta uppgifterna. Samtidigt får den upphandlande myndigheten, i enlighet med likabehandlingsprincipen, inte efterge eller bortse från de obligatoriska kraven (jfr t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4904-09).

När det först gäller anbudet från Studentvikarie har kommunen bedömt att de obligatoriska kraven är uppfyllda. Kommunen har utifrån den angivna informationen bedömt att Studentvikarie har uppfyllt de ställda referenskraven. Härutöver har kommunen begärt ett förtydligande beträffande referensuppdrag 1 och fått bekräftat att referenskravet avseende detta uppdrag är uppfyllt. Att kommunen begärde in förtydligande beträffande enstaka uppdrag innebär inte att de har haft en skyldighet att kontrollera dessa. Det obligatoriska kravet i punkten 1.3.7 och 1.3.8 är sålunda uppfyllt vid angivande av två stycken kundreferenser med efterfrågad information. Enligt förvaltningsrätten framgår inte annat än att Studentvikarie har uppfyllt de obligatoriska kraven i punkten 1.3.7 och 1.3.8. Lärarjouren har därvid inte visat att kommunen i sin bedömning tagit ovidkommande hänsyn, avvikit från förfrågningsunderlaget till men för likabehandlingsprincipen eller på annat sätt agerat i strid med LOU.

Det Lärarjouren anför avseende Skandinaviska Bemanningspoolen AB:s anbud eller Bemannia AB:s anbud föranleder vid dessa förhållanden inte något ingripande enligt LOU då Lärarjouren inte förmått visa på vilket sätt bolaget lidit eller riskerat lida skada på grund av de påstådda bristerna.

Utredningsskyldighet

Lärarjouren har yrkat att förvaltningsrätten inom ramen för sin utredningsskyldighet ska begära in anbuden från Studentvikarie och Skandinaviska Bemanningsspoolen från kommunen för en kontroll av om de referensuppdrag som bolagen angett uppfyller de krav som ställts i upphandlingen

Officialprincipen måste tillämpas på ett försiktigt sätt i mål om offentligt upphandling, som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på (HFD 2009 ref 69). Om en part utan framgång hos den upphandlande myndigheten har begärt att få ta del av uppgifter som han önskar åberopa till stöd för sin talan ankommer det på domstolen att pröva om vissa uppgifter krävs för att domstolen ska kunna utsätta förfarandet för en effektiv granskning. Om så befins vara fallet, är rätten skyldig att inom ramen för sitt utredningsansvar fordra in uppgifterna från den upphandlande myndigheten. Rätten ska ta ställning till om den behöver informationen för att kunna göra en effektiv överprövning med utgångspunkt i vad parterna anfört (HFD 2015 ref. 55).

Förvaltningsrätten kan konstatera att det av utredningen i målet framgår att Lärarjouren hos kommunen begärt att få ta del av uppgifter om vilka referensuppdrag som anbudsgivarna åberopat i sina anbud men nekats detta.

Lärarjourens påstående om att det är mycket sannolikt att de referensuppdrag som vissa av anbudsgivarna åberopat inte uppfyller de krav som ställts i upphandlingen, har ingen annan grund än att bolaget anser sig ha mycket god kännedom om marknaden för bemanningstjänster och har av denna anledning även kännedom om de kontrakt som dess konkurrenter har ingått. Slutsatsen som Lärarjouren har dragit att det inte kan uteslutas att de ifrågasatta anbudsgivarna inte uppfyller kraven, ter sig oklar. Förvaltningsrätten

bedömer det inte heller nödvändigt att inom ramen för domstolens utredningsskyldighet inhämta de ifrågavarande handlingarna.

Sammanfattning

Mot bakgrund av det ovan anförda finner förvaltningsrätten att Lärarjouren inte förmått visa at kommunen har brutit mot bestämmelserna i LOU. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU. Lärarjourens ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Madeleine Westberg

Astrid Lindeskog har föredragit målet.



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 avisar 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 rättstillämpningen.
- 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.

