



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2011-06-09
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 2744-11
 Enhet 13

SÖKANDE

AS3 Svenska AB, 556600-0377
 Wenner-Gren Center,
 Sveavägen 166, plan 20
 113 46 Stockholm

Ombud: Advokat Anna Ulfsson Forssell
 Advokatfirman Delphi KB
 Box 1432
 111 84 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2011-06-13	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Arbetsförmedlingen
 Juridiska enheten
 113 99 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår AS3 Svenska AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 136193

Postadress
 115 76 Stockholm

Besöksadress
 Tegelluddsvägen 1

Telefon
 08-561 680 00

E-post:
 forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
 08-561 680 01

Expeditionstid
 måndag – fredag
 09:00-15:00

BAKGRUND

Arbetsförmedlingen genomför, genom förenklat förfarande enligt LOU, en ramavtalsupphandling av Aktiviteter inom jobb- och utvecklingsgarantin samt jobbgarantin för ungdomar 2011 (Af-2010/1748-92). Förfrågningsunderlaget omfattar 68 orter och för varje ort genomförs en upphandling. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för varje upphandling avses att antas. I de upphandlingar där det bedöms krävas avtal med flera leverantörer för att säkerställa leverans av uppskattade volymer kommer rangordningen rak avropsordning att tillämpas.

I tilldelningsmeddelade den 25 januari 2011 och bilagorna 1-4 redovisas bl a sammanställning, icke kvalificerade anbud, utvärdering och förteckning över samtliga vinnare. Justerat tilldelningsmeddelade den 26 januari 2011 avser upphandlingarna/orterna Malmö, Örebro och Östersund. Arbetsförmedlingen tillämpade en poängberäkning där *jämförelsepoäng* är offererat pris delat med kvalitetspoäng och det alltså gäller att få så låg jämförelsepoäng som möjligt.

Av tilldelningsmeddelandet framgår avseende upphandlingen på leveransorten *Malmö* att två av de anbudsgivare, vars anbud utvärderades (dvs. inte förkastades) men hade en för hög jämförelsepoäng för att tilldelas avtal, var Radix Kompetens AB (Radix) och AS3 Svenska AB (AS3). De sex anbudsgivare som hade bäst, dvs. lägst jämförelsepoäng tilldelades avtal i Malmö, medan Radix kom på tolfte plats och AS3 på sextonde plats.

Av tilldelningsmeddelandet framgår avseende upphandlingen på leveransorten *Trelleborg* att Radix, som kom på andra plats, tilldelades avtal medan AS3 inte lämnat något anbud.

YRKANDEN M.M.

AS3 yrkar att rättelse ska ske genom att anbudet från Radix ska förkastas på leveransorterna Malmö och Trelleborg. Till stöd härför anför AS3 bl.a. följande. Anbudet från Radix borde rätteligen ha förkastats på grund av att det inte uppfyller alla skall-krav. Att Arbetsförmedlingen ändå utvärderat Radix medför att AS3, som annars hade placerats högre och kanske till och med antagits i upphandlingen, har lidit eller i vart fall riskerar att lida skada genom att gå miste om möjligheten att tilldelas kontrakt. Som referensuppdrag har Radix angett uppdrag som Martin Sjöström och Linda Lantz ska ha utfört medan de var anställda hos AS3. Ingen av dessa hade ledande befattningar hos AS3. Radix har enligt eget uppgift funnits sedan 2005 och är alltså inte nyetablerat. Radix har inte bifogat något åtagande från AS3, vars kapacitet Radix har åberopat. Detta referensuppdrag är ett projekt som vid tiden för anbudsinlämnandet pågick i AS3s regi och inte är utfört av Radix. Av dessa skäl borde Radix inte ha rätt att tillgodoräkna sig detta uppdrag som referens. Radix har också som personella resurser åberopat att Tage Lilja, Sven Mattsson, Johnny Geller och Berne Olsson, vilka har arbetade med referensuppdraget, kommer att anställas av Radix. Ingen av dessa var vid anbudstillfället anställda av eller knutna till Radix och de borde därför inte kunna åberopas av Radix. I sitt anbud har Radix som samordnare angett Linda Lantz och Tage Lilja i Malmö samt angett Martin Sjöström i Trelleborg. Radix påstår att Linda Lantz var samordnare och platschef då hon jobbade för AS3; i själva verket var hon centerledare och hade inte ansvar för personal, budget, kvalitetssäkring eller utvecklingsarbete. Radix påstår också att Martin Sjöström vikarierade för Linda Lantz under hennes mammaledighet; i själva verket var han endast underkonsult. Radix påstår också att Tage Lilja var regionansvarig för AS3; någon sådan tjänst finns inte utan dennes tjänst var inom affärsområdet Outplacement and Career. I Arbetsförmedlingens föregående upphandling sökte AS3

överprövning av samma skäl och förvaltningsrätten beslutade den 29 juni 2010, mål 30387-10 att Radix anbud skulle förkastas.

Arbetsförmedlingen bestrider ingripande enligt LOU och anför bl.a. följande. På leveransort Trelleborg har AS3 inte lämnat något eget anbud och kan därför inte ha lidit skada genom att Radix antagits. På leveransort Malmö har Radix kommit på tolfte plats och tillhör därför inte de anbud som antagits. Det är inte sannolikt att det kommer att falla ifrån så många anbudsgivare i Malmö att AS3 kan bli aktuell som leverantör i Malmö, varför AS3 inte heller på den leveransorten kan sägas ha lidit skada. Radix har korrekt beskrivit sin verksamhet och kan inte förkastas på den grunden att beskrivningen liknar AS3s verksamhet. Radix, som tidigare har varit underkonsult till AS3, kan inte hänvisa till ett referensuppdrag utfört i eget namn utan måste hänvisa till ett uppdrag utfört av företagets företrädare. Radix referensuppdrag får vara knutet till personer som arbetar där nu men som vid referensuppdragets utförande arbetade hos AS3, eftersom Radix är att se som nyetablerat inom den aktuella typen av verksamhet, oavsett när det blev registrerat som företag. Åtminstone en av de personer som nämns i Radix referensuppdrag har vid Arbetsförmedlingens kontroll bekräftats ha haft det ansvar i det angivna uppdraget såsom beskrivs i anbudet. I förfrågningsunderlaget ställs inget krav som medför att Radix, för att få åberopa det referensuppdrag man gjort, måste bifoga ett åtagande från AS3. Radix har haft rätt att åberopa erfarenhet hos de angivna företrädarna utan hinder av att de utförde det för AS3. Kravet på referensuppdrag handlar inte om att redovisa kapacitet hos personella resurser. Sådan kapacitet ska däremot redovisas under krav på samordnare. Där har Arbetsförmedlingen att utgå från att de uppgifter som anbudsgivaren lämnar är korrekta och kan inte ta ställning till de påståenden som Radix nu gör gällande.

AS3 genmäler bl.a. följande. Det skulle strida mot likabehandling och transparens om Arbetsförmedlingen inte säkerställt att anbudsgivarnas

uppgift kan kontrolleras, jfr EG-domstolens avgörande *Wienstrom*, C448/01. AS3 anser dock att kraven i detta fall går att kontrollera och att en sådan kontroll skulle visa att Radix inte uppfyller skall-kraven. Radix beskriver i anbudet AS3s verksamhet under förespegling av att det är fråga om Radix verksamhet. Enligt skall-kraven ska anbudsgivaren beskriva de personalresurser som använts i referensuppdraget och vilken kompetensprofil de hade. Enligt 15 kap. 15 a § LOU får anbudsgivaren, dvs. Radix, åberopa ett annat företags kapacitet, i detta fall AS3, endast om man tillhandahåller ett åtagande från detta företag eller på annat sätt visar att man kommer att förfoga över nödvändiga resurser. Det referensuppdrag som Radix åberopar är ett uppdrag inom ramen för A2B, som ingår i AS3-koncernen. A2B arbetar med att matcha arbetssökande till verksamheters behov. Inte ens med Arbetsförmedlingens definition är Radix nyetablerat. På grund av förvaltningsrättens tidigare dom, samt av vad AS3 tidigare påtalat för Arbetsförmedlingen, har Arbetsförmedlingen känt till att Radix tidigare inte uppfyllt skall-krav avseende referensuppdrag och personella resurser. När ett företag (Radix) åberopar annat företags (AS3) kapacitet är det extra viktigt att göra kontroll, eftersom Radix kan påstå felaktigheter om AS3 utan att äventyra den egna trovärdigheten. För ingripande krävs enligt 16 kap. 2 § LOU inte att sökanden (AS3) lidit skada utan endast att det finns risk för att man kommer att lida skada.

DOMSKÄL

AS3 har till förvaltningsrätten ingett kopia på förfrågningsunderlaget med Radix anbud inkluderat. Radix har ingett argumentation i målet, vilken förvaltningsrätten inte beaktat eftersom Radix inte är part i målet och inte heller enligt 14 kap. 10 § rättegångsbalken sökt ställning som intervenient. Förvaltningsrätten har tagit del av sin dom den 29 juni 2010, mål 30387-10 med AS3 som sökande, som delvis gällde huruvida Radix uppfyllde skall-kraven i en tidigare upphandling hos Arbetsförmedlingen.

I 1 kap 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska 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 16 kap. 5 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Om skaderekvisitet anges i doktrinen (Falk, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, 2009, sid 457) bl.a. följande:

Vad som avses är inte enbart ekonomisk skada. Även om en leverantör inte skulle ha haft någon ekonomisk vinst av att tilldelas kontrakt, har skada uppkommit enligt lagens mening om leverantörens möjligheter att erhålla kontrakt minskat p.g.a. överträdelsen. Att skada uppkommit behöver inte bevisas. Det räcker med att visa att det finns en risk för att skada skall uppkomma.

Förvaltningsrätten finner att även om skaderekvisitet ska ges en ganska extensiv tolkning så måste den skada, som ska leda till ingripande enligt LOU, ha att göra med att sökanden går – eller riskerar att gå – miste om ett kontrakt. Skador som bottnar i en allmänt fientlig konkurrens mellan två företag där vad som är bra för det ena upplevs som dåligt för det andra, eller på att ett företag snyltar på det andra företags renommé på sätt som saknar betydelse för sökandeföretagets möjlighet att få avtal i den upphandling som målet gäller, berättigar inte till ingripande enligt LOU. Eftersom varje leveransort i Arbetsförmedlingens upphandling utgör en egen upphandling och AS3 inte lämnat något anbud på leveransort Trelleborg kan, enligt förvaltningsrättens mening, AS3 inte anses riskera lida skada i LOUs mening av det faktum att Arbetsförmedlingen avser att sluta avtal med Radix på nämnda ort.

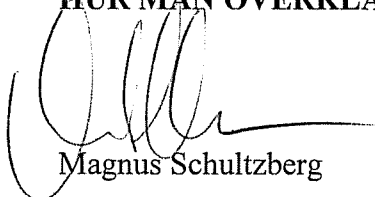
Fråga i målet är därför om Arbetsförmedlingen brutit mot LOU på sätt som skadat eller riskerar att skada AS3 genom att minska AS3s möjlighet att vinna kontrakt i Malmö. För att en sådan skada ska kunna åsamkas AS3 i detta fall krävs ett anmärkningsvärt omfattande frånfall av anbudsgivare vid avropet, då Arbetsförmedlingen avser att anta de sex enligt jämförelsepoängen bästa anbuden samtidigt som Radix kommit på tolfte plats och AS3 först på sextonde plats. Likväl ska frågan utredas. Förvaltningsrätten instämmer härvid i Arbetsförmedlingen uppfattning att Radix beskrivning av sitt företag inte ska förkastas av det skälet att denna liknar AS3s verksamhet. Det ligger i sakens natur att sådana likheter kan förekomma när ett företag har avknoppats från ett annat.

Genom hänvisning till 15 kap. 15 § a LOU (som har liknande lydelse som 11 kap. 12 § men enligt 1 kap. 2 § andra stycket ska tillämpas på nationsbundna s.k. B-tjänster vari bl.a. rekrytering och urval av personal ingår, se bilaga 3, kategori 22 till LOU) anser AS3 att Radix, då man som referensuppdrag angett ett uppdrag som skedde inom ramen för AS3s verksamhet, måste bifoga ett åtagande från AS3. Av bestämmelsens ordalydelse och av förarbeten (se prop. 2009/10:180 s. 348, sid 296-297 och 348) framgår att dess syfte är att säkerställa att den leverantör, som åberopar annat företags kapacitet, kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Paragrafen tar inte sikte på referensuppdrag, vilka per definition har skett i det förflutna, utan på den aktuella upphandlingens utförande efter att avtal slutits. Det har inte gjorts gällande att Radix, i sitt anbud, utlovat att AS3 kommer att hjälpa Radix med utförandet av den upphandling som målet gäller. Därför är enligt förvaltningsrättens mening 15 kap. 15 a § LOU inte tillämplig på det sätt som AS3 gör gällande. Inte heller finner förvaltningsrätten visat att det på något annat sätt, t.ex. genom missbruk av begreppet "nyetablerad", strider mot LOU eller mot skall-kraven att Radix som referensuppdrag har åberopat ett uppdrag de utförde som underkonsult till AS3.

Vidare menar AS3 att de två kandidater till samordare i Malmö som Radix angett, Linda Lantz och Tage Lilja, inte är kvalificerade för uppgiften. Som grund för detta anför AS3 i huvudsak att dessa inte hade tillräckligt ansvarsfulla uppgifter när de arbetade för AS3. Här är dock inte fråga om referensuppdrag utan om att bedöma samordnarkandidatens samlade kompetens och bifogade CV. Åtminstone för Tage Lilja har Radix redan i själva anbudet redovisat också flera andra meriter, och AS3 har inte ingett kopia på de CV:n för honom och Linda Lantz som Radix bifogat till anbudet. Påståendena om vad dessa två personer gjorde eller inte gjorde hos AS3 är på det befintliga materialet omöjliga för förvaltningsrätten att objektivt kontrollera. Ej heller ska förvaltningsrätten ikläda sig den upphandlande enhets roll genom att bedöma om Linda Lantz och Tage Lilja har den samlade kompetens som Arbetsförmedlingen söker. Förvaltningsrätten konstaterar bara att Radix, under avsnitt 3.7, har beskrivit Linda Lantz och Tage Liljas kompetens på ett sätt som framstår som uppfyllande av skall-kraven. Båda medarbetarna har sin e-postadress hos Radix och den osäkerhet som i mål 30387-10 (se sid 14-15 i förvaltningsrättens dom) väcktes om angivna kompetenspersoner verkligen arbetar för Radix har ingen motsvarighet i förevarande mål.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att det inte är visat i målet att Arbetsförmedlingen brutit mot LOU på sätt som riskerar att åsamka AS3 skada. Därför ska AS3s ansökan om ingripande enligt LOU avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1A LOU).



Magnus Schultzberg
rådman

Föredragande har varit David Munck.



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.

DV 3109/1A LOU