



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2010-08-25
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 34036-10
 Enhet 14

SÖKANDE

MedHelp AB, 556587-1448
 Sjöviksbacken 10
 117 43 Stockholm

2010-08-26

Ans	
Dnr	
Doss	Aktbil

Ombud: Advokat Sofia Mårtensson och Advokat Eva-Maj Mühlenbock
 Advokatfirman Lindahl KB
 Box 1065
 101 39 Stockholm

MOTPART

Arbetsförmedlingen
 Juridiska enheten
 113 99 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten lämnar ansökan utan åtgärd.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut av den 24 juni 2010 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Arbetsförmedlingen har genomfört en upphandling avseende Personalstödsprogram, dnr AF-2010/044051. Av tilldelningsbeslut den 15 juni 2010 framgår att Arbetsförmedlingen förkastat anbudet från MedHelp AB (MedHelp) med hänvisning till att företaget endast redovisar ett referensuppdrag som utförts av företaget.

Förvaltningsrätten har den 24 juni 2010 beslutat att Arbetsförmedlingen tills vidare inte får avsluta upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

MedHelp ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har vidtagits, innebärande att MedHelps anbud kvalificeras för utvärdering.

Till stöd för sin ansökan anför MedHelp i huvudsak följande. Av förfrågningsunderlagets punkt 6.1, "Uppdragsbeskrivning", framgår att upphandlingen omfattar bl.a. rådgivning, vägledning och stöd vid arbetsrelaterade, psykologiska, familjerelaterade samt ekonomiska och juridiska problem.

Av förfrågningsunderlagets punkt 4.1, "Underleverantör", framgår att anbudsgivaren har möjlighet att för uppdragets genomförande åberopa kapacitet från underleverantör. För det fall att möjligheten nyttjas ska det framgå av anbudet att anbudsgivaren verkligen har tillgång till denna kapacitet under avtalstiden. Detta gör anbudsgivaren genom att till anbudet bifoga underleverantörsintyg för att styrka att överenskommelse finns mellan parterna.

Av förfrågningsunderlagets punkt 9, "Prövning av anbud", framgår att de anbud kommer att utvärderas som uppfyller de i förfrågningsunderlaget uppställda kraven för kvalificering. Bland de obligatoriska krav som därvid måste uppfyllas återfinns följande i förfrågningsunderlagets punkt 3.2, "Referenser":

3.2. Referenser

"Leverantören **ska** ha erfarenhet av liknande uppdrag både när det gäller uppdragets art och omfattning.
Anbudet **ska** innehålla en kortfattad beskrivning av **två (2)** referensuppdrag med liknande inriktning. (...)

Av MedHelps anbud framgår att MedHelp i enlighet med skall-kravet i punkt 3.2 har erfarenhet av liknande uppdrag och har ingivit en kortfattad beskrivning av två referensuppdrag med liknande inriktning. I tilldelningsbeslutet har Arbetsförmedlingen förklarat att MedHelps anbud, den bifogade uppdragsbeskrivningen till trots, inte ansetts uppfylla skall-kravet med hänsyn till att endast ett av referensuppdragen har "utförts av leverantören". Anbudsgivaren äger emellertid enligt förfrågningsunderlagets punkt 4.1, rätt att för uppdragets genomförande åberopa underleverantörers ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Denna rätt har sin grund i 11 kap. 12 § LOU, som syftar till att undanröja hinder för små och medelstora företag att delta i anbudsgivning och erhålla upphandlingskontrakt. Arbetsförmedlingen saknar möjlighet att, på så sätt som görs gällande, själv besluta om förutsättningarna för bestämmelsens tillämplighet och leverantörens rätt enligt densamma. Det aktuella skall-kravet i punkt 3.2 om referenser är uppställt inom ramen för leverantörskvalificeringen och avser sådan kontroll av leverantörens lämplighet som åsyftas i 11 kap. LOU och för vilken bestämmelsen i 12 § samma kapitel är avsedd. Mot bakgrund av denna rätt till åberopande av annans kapacitet, har MedHelp lämnat ett anbud för vilket det för tjänstens utförande förutsätts att underleverantören Mertid AB (Mertid) ställer sin specialistkompetens till förfogande. Av MedHelps anbud framgår följaktligen tydligt att den aktuella tjänsten för Arbetsförmedlingen ska utfö-

ras av MedHelp i samarbete med Mertid. Denna överenskommelse med Mertid är också styrkt med underleverantörsintyg på enligt punkt 4.1 erforderligt sätt. Av underleverantörsintyget framgår att Mertid kommer att utföra uppdraget enligt uppställda krav och villkor i upphandlingsavtalet och Arbetsförmedlingens förfrågningsunderlag. För uppfyllande av det aktuella skall-kravet har, i enlighet med MedHelps rätt enligt såväl förfrågningsunderlaget som 11 kap. 12 § LOU, således hänvisats även till Mertids kapacitet och erfarenhet. Vad avser det första referensuppdraget, personalstödstjänst för Kriminalvården, har utförare av tjänsten varit MedHelp i samarbete med Mertid. Detta framgår tydligt av uppdragsbeskrivningen för referensuppdraget. Personalstödstjänsten för Kriminalvården tjänar således som referensuppdrag för såväl MedHelp som Mertid. Vad avser det andra referensuppdraget, personalstödstjänst för Danderyds Sjukhus AB har utförare av tjänsten varit Mertid. Sammantaget finns därmed för Mertid angivet två referensuppdrag och för MedHelp finns angivet ett referensuppdrag. Skallkravet har således med god marginal uppfyllts. Att det inte i punkten 3.2 görs något omnämnande av eventuell underleverantör saknar all betydelse för MedHelps rätt att åberopa kapacitet från sådan.

Arbetsförmedlingen bestrider bifall till ansökan och yrkar att om ett ingripande ska göras ska det i första hand ske genom rättelse. Till stöd för sin talan anför Arbetsförmedlingen bl.a. följande. Förfrågningsunderlaget är klart och tydligt vad gäller antalet referensuppdrag, d.v.s. två stycken. Det stadgas ingenstans i punkten 3.2 att referensuppdrag gällande någon annan än leverantören själv skulle komma att godtas för uppfyllande av skallkravet. Bolaget har i sin ansökan medgett att endast ett av de två lämnade referensuppdragen avser bolaget och att det andra avser en underleverantör till bolaget. Arbetsförmedlingen anser inte att bestämmelsen i 11 kap. 12 § är tillämplig vad gäller skallkravet om två referensuppdrag i punkten 3.2, däremot vad gäller kapacitet hos underleverantör i punkten 4.1. Referensuppdrag efterfrågas för att säkerhetsställa att en eventuell avtalspart har full-

gjort sina tidigare åtaganden. Det skulle strida mot likabehandlingsprincipen om bolaget skulle ges rätten att lämna referensuppdrag som utförts av underleverantörer.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

1 kap. 9 § LOU har följande lydelse.

Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

11 kap. 12 § LOU har följande lydelse.

En leverantör får vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören skall genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet skall fullgöras.

16 kap. 2 § första stycket LOU har följande lydelse.

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, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredning i målet

I förfrågningsunderlaget, 3. Krav på leverantören – kvalificeringsfas. 3.2

Referenser anges bl.a. följande.

”Leverantören **ska** ha erfarenhet av liknande uppdrag både när det gäller uppdragets art och omfattning.

Anbudet **ska** innehålla en kortfattad **beskrivning** av **två (2)** referensuppdrag med liknande inriktning.

I förfrågningsunderlaget, 4. Kapacitet och leveransförmåga anges bl.a. följande.

”Anbudsgivaren **ska** i anbudet lämna en kortfattad beskrivning av sitt företag och dess verksamhet, exempel på nuvarande kunder med utgångspunkt från det efterfrågade uppdraget och kapacitet för uppdraget. Av beskrivningen **ska** minst framgå omfattningen av nuvarande verksamhet, inriktning, lokalisering, antal anställda, kompetensprofil för de anställda.”

I 4.1. Underleverantör anges följande.

”Om anbudsgivaren åberopar kapacitet hos underleverantör, **ska** det framgå av anbudet att anbudsgivaren verkligen har tillgång till denna kapacitet under avtalstiden. Det gör anbudsgivaren genom att till anbudet bifoga underleverantörsintyg (Bilaga 1) för att styrka att överenskommelse finns mellan parterna. Det innebär inga inskränkningar i leverantörens åtagande/ ansvar för uppdraget. Underleverantören **ska** ha motsvarande kompetens och erfarenhet som anbudsgivaren och **ska** godkännas av Arbetsförmedlingen.”

Förvaltningsrättens bedömning

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. 2 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Frågan i målet är huruvida MedHelp har rätt att som referensuppdrag i anbudet åberopa uppdrag som utförts av underleverantören Mertids.

Då den i målet aktuella upphandlingen har genomförs som ett förenklat förfarande i enlighet med 15 kap. LOU och påbörjats före den 1 juli 2010, då vissa ändringar i LOU trädde i kraft (SFS 2010:571), är frågan om åbero-

pande av underleverantörers kapacitet oreglerad. Vid sådant förhållande bör, för att säkerställa att de principer som bär upp LOU efterlevs, 11 kap. 12 § LOU tillämpas analogt.

Enligt denna paragraf får en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet om leverantören kan bevisa att man faktiskt förfogar över resurser hos underleverantören ifråga, som är nödvändiga för att genomföra kontraktet. Bestämmelsen kan, enligt förvaltningsrättens mening, inte anses hindra att en leverantör åberopar referensuppdrag utförda av en underleverantör. Denna uppfattning vinner även visst stöd i EG-domstolens avgörande C-176/98.

MedHelp, som i sitt anbud angett att man kommer att använda sig av underleverantören Mertid för att fullgöra kontraktet, har således rätt att åberopa Mertids kapacitet inklusive referensuppdrag. MedHelp uppfyller därigenom skall-kravet i förfrågningsunderlaget 3.2. Arbetsförmedlingen har därmed saknat fog för att på angiven grund förkasta MedHelps anbud.

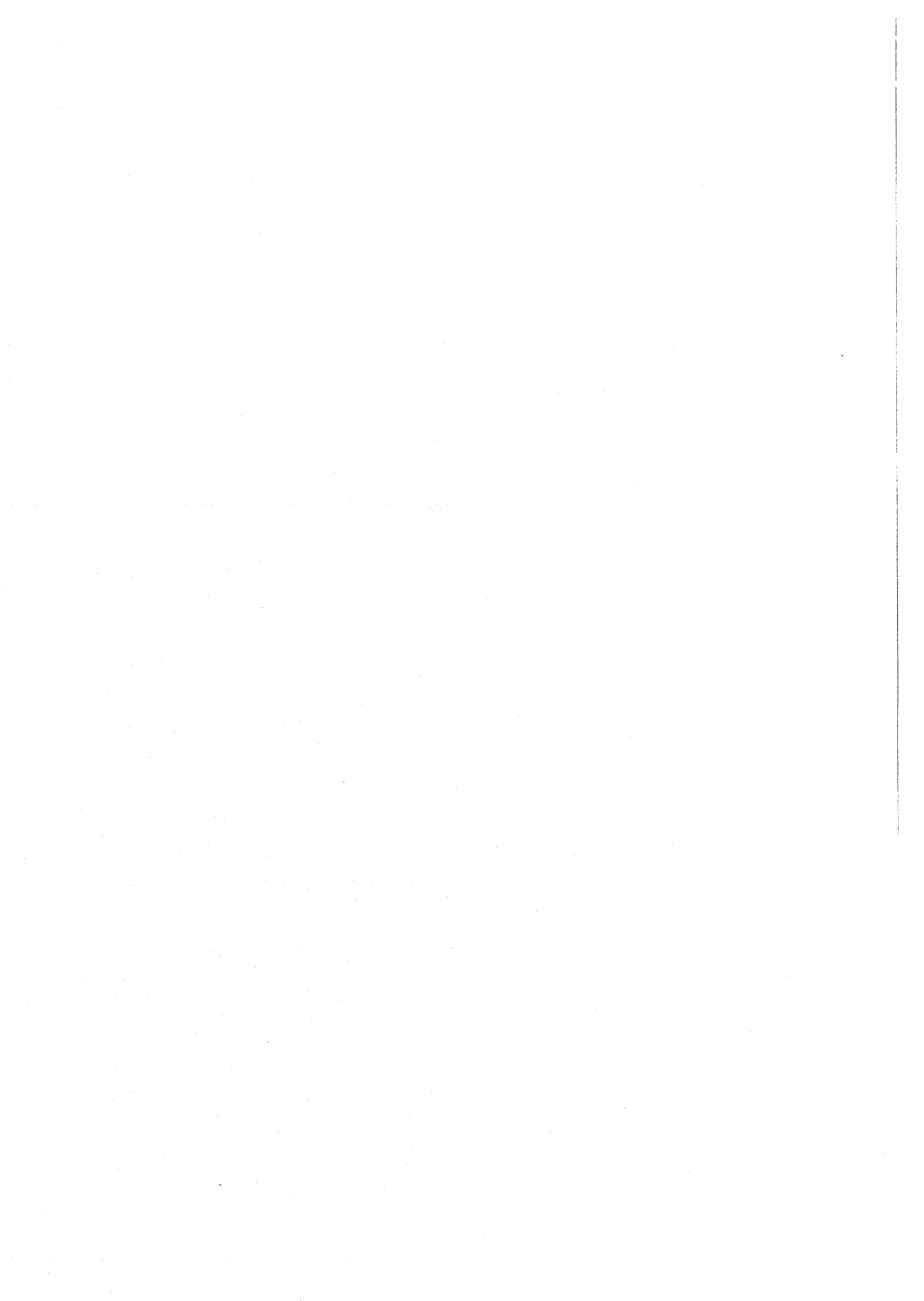
Förfarandet har inneburit en sådan skada eller risk för skada för leverantör som avses i 16 kap. 2 § LOU. Grund för ingripande enligt LOU i form av rättelse på så sätt att MedHelps anbud kvalificeras för anbud föreligger därmed. Emellertid har förvaltningsrätten i dom denna dag efter ansökan av annan sökande förordnat att den aktuella upphandlingen ska göras om (mål nr 34138-10). Vid sådant förhållande finner förvaltningsrätten att bolagets ansökan ska lämnas utan åtgärd.

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



Annika Falkenborn
Rådman

Föredragande har varit Britta Sjöstedt.





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.

