



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Föredragande
Matilda Skogberg

DOM
2019-11-15
Meddelad i Falun

Mål nr
4987-4990-19

Sida 1 (9)

SÖKANDE

AB Prime Care, 556563-0455

Ombud: Advokat Ulf Hökeberg och biträdande jurist Elin Kers
Advokatfirman Titov & Partners KB
Humlegårdsgatan 20
114 46 Stockholm

MOTPART

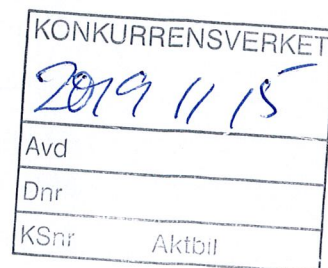
1. Gagnefs kommun
2. Borlänge kommun
3. Hedemora kommun
4. Falu kommun

Samtliga genom:

Anders Karlin
Gemensamma nämnden för upphandlingssamverkan
771 82 Ludvika

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 265736

Postadress
Box 45
S-791 21 Falun

Besöksadress
Kullen 4

Telefon
023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se
www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se

Telefax

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–12:00
13:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Gagnefs kommun, Borlänge kommun, Hedemora kommun och Falu kommun (kommunerna) gör en upphandling av bemanningstjänst arbetsterapeut, fysioterapeut/sjukgymnast – 2019 (dnr GNU2019/95). Upphandlingen genomförs genom ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. AB Prime Care (Prime Care) lämnade anbud i delområdena arbetsterapeut och fysioterapeut/sjukgymnast. Av upphandlingsrapporten framgår att Prime Cares anbud diskvalificerats i båda delområdena eftersom bolaget inte ansetts uppfylla krav på att vara registrerad för rätt verksamhet.

Prime Care ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs där bolagets anbud tas upp till slutlig värdering. Prime Care yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om. Som grund för förstahandsyrkandet anför Prime Care att Kommunerna feltolkat kvalificeringskravet avseende behörighet att utöva yrkesverksamhet i upphandlingsdokumenten samt att bolagets anbud felaktigt diskvalificerats från utvärderingen. Som grund för andrahandsyrkandet anför Prime Care att det aktuella kravet är oproportionerligt och dessutom strider mot 14 kap. 1 och 2 §§ LOU. Bolaget skulle ha tilldelats avtal om återopade felaktigheter inte förekommit. Bolaget har därmed lidit eller kan komma att lida skada.

Kommunerna anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak att bolaget inte uppfyller det aktuella kravet samt att kravet inte är utformat i strid med bestämmelserna i LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter denne grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69). Av 20 kap. 6 § LOU följer att det förvaltningsrätten har att pröva är om det på grundval av vad Prime Care anfört är visat att kommunerna har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att Prime Care har lidit eller kan komma att lida skada. De grundläggande principerna framgår av 4 kap. 1 § LOU och innebär att upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

När en anbudsgivare åberopar flera skäl för ingripande enligt LOU bör domstolens prövning i första hand göras av de grunder som hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Förvaltningsrätten tar därför först ställning till frågan om det finns skäl för ingripande till följd av de brister som Prime Care menar finns i upphandlingsdokumenten.

Upphandlingsdokumenten

Av punkt 3.4 i upphandlingsdokumenten framgår följande.

3.4 Behörighet att utöva yrkesverksamhet

Ni som anbudsgivare ska vara registrerad för den typ av verksamhet denna upphandling avser. Det vill säga; bolaget ska bedriva uthyrning av personal inom sjukvården samt därmed förenlig verksamhet.

Ni ska som bevis på detta bifoga en kopia på ert registreringsbevis från Bolagsverket.

Utformningen av punkt 3.4 i upphandlingsdokumenten

Prime Care anför i huvudsak följande. Av bestämmelserna i LOU framgår att en upphandlande myndighet får ställa krav på att leverantören ska vara kvalificerad i vissa avseenden, dock att kraven får avse endast, såvitt här är relevant, behörighet att utöva yrkesverksamhet. Ett krav får innebära att leverantören ska vara registrerad i t.ex. bolagsregistret enligt 14 kap. 2 § 1 LOU eller ha ett tillstånd eller vara medlem i viss organisation enligt 14 kap. 2 § 2 LOU. Ovanstående innebär att något krav utöver registrering i bolagsregistret inte kan ställas, vilket innebär att krav på viss utformning av anbudsgivares verksamhetsföremål i bolagsordningen inte får ställas. Kommunernas tillämpning av det aktuella kravet är inskränkande på ett sätt som strider mot både ovan angiven reglering och proportionalitetsprincipen. Kravet innebär också en sådan begränsning av konkurrensen som innebär ett otillbörligt gynnande av vissa leverantörer på andra leverantörers bekostnad. Detta eftersom fyra av sju anbud (57%) i delområde arbetsterapeut diskvalificerades och tre av sex anbud (50%) i delområde fysioterapeut/sjukgymnast med samma motivering, nämligen att anbuderna inte uppfyller kravet på att vara registrerade för rätt verksamhet. Kommunerna har uppgett att kvalificeringskravet syftar till att säkerställa leveranskapacitet. Att använda anbudsgivarens bolagsordning för att säkerställa leveranskapacitet är direkt olämpligt eftersom verksamhetsföremålet i ett bolags bolagsordning inte har något med leveranskapacitet att göra. Kravet saknar även koppling till upphandlingsföremålet.

Kommunerna anför i huvudsak följande. Det aktuella kravet är fullt förenligt med 14 kap. 2 § LOU. Att kommunerna preciserat vilken typ av registrering som anbudsgivare ska ha är inte reglerat i LOU och det får förutsättas att lagstiftaren inte har haft för avsikt att inskränka upphandlande myndigheters handlingsfrihet i detta avseende. Det kan heller inte vara i

strid med proportionalitetsprincipen att kräva att en anbudsgivare ska bedriva verksamhet inom det verksamhetsområde som upphandlingen avser. Jämfört med ett krav på referensuppdrag som vanligtvis ställs i offentliga upphandlingar eller krav på medlemskap i viss organisation enligt 14 kap. 2 § 2 är kravet betydligt mer proportionerligt och mindre konkurrensbegränsande.

Förvaltningsrättens bedömning

Kommunerna har tillämpat förenklat förfarande som regleras i 19 kap. LOU. Även paragrafer i övriga kapitel i LOU tillämpas vid förenklat förfarande. Vilka dessa är anges i 19 kap. 2 och 3 §§ LOU. Den enda paragraf i 14 kap. som ska tillämpas är 2 § (behörighet att utöva yrkesverksamhet).

Av 14 kap. 2 § framgår ett krav enligt 1 § första stycket 1, dvs. krav på behörighet att utöva yrkesverksamhet, får innebära att leverantören ska (1) vara registrerad i ett aktiebolags- handels- eller föreningsregister eller motsvarande register som förs i den stat där leverantörens verksamhet är etablerad eller ha ett sådant tillstånd eller (2) vara medlem i en sådan organisation som, när upphandlingen avser en tjänst, krävs för att leverantören ska kunna tillhandahålla tjänsten i den stat där leverantören är etablerad. Paragrafen genomför art. 58.2 i Europaparlamentet och Rådets direktiv 2014/24/EU (LOU-direktivet). I förarbetena till LOU (prop. 2015/16:195 s. 752 f.) anges att regeringen anser att det inte finns stöd för att anta att de krav som får ställas enligt punkterna 2–4 i art. 58 i LOU-direktivet skulle vara uttömmande uppräknade. Som punkterna har utformats rör det sig om exempel. Exempelen är dock viktiga då de beskriver sådana krav som typiskt sett står i överensstämmelse med de allmänna principerna.

I punkt 3.4 i upphandlingsdokumenten anges att anbudsgivare ska vara registrerad för den typ av verksamhet som upphandlingen avser, dvs.

bolaget ska bedriva uthyrning av personal inom sjukvården samt därmed förenlig verksamhet. Den uppräknade av vilka krav upphandlande myndigheter får ställa på anbudsgivare avseende behörighet att utöva yrkesverksamhet i 14 kap. 2 § är inte uttömmande. Förvaltningsrätten anser inte att det aktuella kravet skiljer sig från de exempel som angetts i 14 kap. 2 § på ett sådant sätt att kommunerna är förhindrade att ställa det aktuella kravet.

Prime Care har vidare gjort gällande att det aktuella kravet är utformat i strid med proportionalitetsprincipen eftersom kravet utgör en begränsning av konkurrensen som innebär ett otillbörligt gynnande av vissa leverantörer på andra leverantörers bekostnad samt eftersom kravet saknar koppling till upphandlingsföremålet. Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören än vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas (se prop. 2006/07:128 s. 132). En upphandlande myndighet har stor frihet att själva välja vilka krav som ställs på den vara eller tjänst som upphandlas så länge kraven inte strider mot de grundläggande principerna och övriga bestämmelser i LOU.

Kravet är att anbudsgivare ska vara registrerade för sådan verksamhet som upphandlingen gäller. Förvaltningsrätten anser därmed att det finns en tydlig koppling till upphandlingsföremålet. Förvaltningsrätten anser inte att Prime Care har anfört omständigheter som visar att kravet begränsar konkurrensen eller utestänger leverantörer från att delta i upphandlingen på ett otillåtet sätt. Bolaget har således inte visat att kravet är utformat i strid med proportionalitetsprincipen.

Har Prime Cares anbud felaktigt uteslutits?

Prime Care anför i huvudsak följande. I det aktuella kravet anges i första meningen att anbudsgivare ska vara registrerad för den typ av verksamhet som upphandlingen avser. Bolaget uppfyller detta krav genom att vara registrerad för att bedriva uthyrning av personal. I andra meningen i kravet anges att bolaget ska bedriva uthyrning av personal inom sjukvården samt därmed förenlig verksamhet. Bolaget uppfyller också detta krav genom att bedriva uthyrning av personal inom sjukvården. Det anges inte i kravet att det i den hos Bolagsverket registrerade bolagsordningen måste anges sådan inskränkning att det faktiskt innebär att personaluthyrningen enbart avser uthyrning av personal inom sjukvården. Verksamhetsföremålet i bolagets bolagsordning, att bedriva uthyrning av personal, inbegriper även personal inom sjukvården eftersom föremålet för bolagets verksamhet omfattar all personaluthyrning. Av 3 kap. 1 § först stycket 3 aktiebolagslagen (2005:551) framgår att föremålet för bolagets verksamhet ska anges till sin art. Det är direkt olämpligt att i bolagsordningen ange en snävare avgränsning än personaluthyrning eftersom det skulle omöjliggöra smärre omläggningar av verksamheten utan att behöva ändra i bolagsordningen. Av punkt 3.5 i upphandlingsdokumenten framgår att krav uppställts på liknande uppdrag och att minst två sådana referensuppdrag ska redovisas. Bolaget har redovisat två liknande referensuppdrag. Även därigenom framgår av anbudet att bolaget bedriver uthyrning av personal inom sjukvården. Prime Care har således, genom sitt anbud, visat att bolaget har behörighet att utöva yrkesverksamhet vilket kravet i punkt 3.4 avser.

Kommunerna anför i huvudsak följande. Det aktuella kravet innebär att anbudsgivare ska bedriva uthyrning av personal inom sjukvården. Kravet är tydligt utformat och en del av upphandlingsdokumenten, därmed är det inte möjligt för kommunerna att frångå kravet i samband med anbudsutvärderingen utan att bryta mot transparensprincipen. Bolaget är

ostridigt registrerat för personaluthyrning men det framgår inte om registreringen avser personal inom sjukvården.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har ovan kommit fram till att kravet i punkt 3.4 inte är utformat i strid med de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Av kravet framgår att anbudsgivare ska vara registrerad för uthyrning av personal inom sjukvården samt därmed förenlig verksamhet. För att styrka att kravet uppfylls ska anbudsgivare bifoga registreringsbevis från Bolagsverket.

Av Prime Care registreringsbevis framgår följande.

VERKSAMHET

Aktiebolagets verksamhet ska vara att bedriva uthyrning av personal samt annan därmed förenlig verksamhet.

Bolaget är således endast registrerat för personaluthyrning.

Förvaltningsrätten anser därmed att bolaget inte uppfyller det aktuella kravet. Eftersom bolaget inte uppfyller det obligatoriska kravet har kommunerna agerat korrekt när Prime Care anbud diskvalificerats.

Sammanfattning

Prime Care har inte anfört omständigheter som visar att kommunen utformat upphandlingsdokumenten i strid med de grundläggande principerna eller övriga bestämmelser i LOU. Prime Care har inte heller visat att kommunerna agerat i strid med upphandlingsdokumenten, de grundläggande principerna eller övriga bestämmelser i LOU när kommunerna diskvalificerat bolagets anbud. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt LOU och Prime Cares ansökan om överprövning ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Sofia Lund
förvaltningsrättsfiskal



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 avvisar 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 rätts-tillämpningen.
- 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.

