



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 20

DOM

2018-06-14

Meddelad i Stockholm

Mål nr
6359-18

SÖKANDE

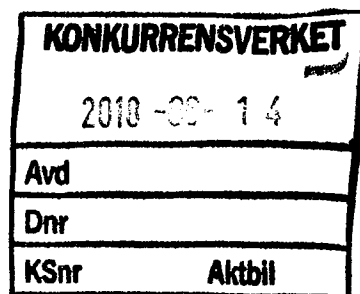
Up2u Management AB, 556576-9527
Stora Nygatan 55
211 37 Malmö

MOTPART

Arbetsförmedlingen
113 99 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 973915

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

YRKANDEN M.M.

Arbetsförmedlingen har genomfört en upphandling, Af-2017/00673270, av utbildning i Key Account Management. Upphandlingen genomfördes som ett förenklat förfarande i enlighet med bestämmelserna i lag (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Up2u Management AB (bolaget) har tillsammans med en annan anbudsgivare, Lexicon AB, lämnat anbud. Bolagets anbud förkastades. Lexicon AB antogs som leverantör.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att upphandlingen ska göras om eller i andra hand att rättelse ska ske. Till stöd för sin ansökan anför bolaget bl.a. följande. Av tilldelningsbeslutet framgår att Arbetsförmedlingen beslutat att utesluta bolaget från att delta i upphandlingen till följd av en obetald skattefordran på ca 40 000 kr. Arbetsförmedlingen har i strid med 13 kap. 4 § LOU uteslutit bolaget utan att ha gett det möjlighet att yttra sig över de närmare omständigheterna. Arbetsförmedlingen har därmed brutit i sin utredningsskyldighet. Det innebär att bolaget inte heller beretts möjlighet att vidta sådana åtgärder som följer av 13 kap. 5 § LOU. Den obetalda skatten är en engångshändelse. Mot denna bakgrund samt det faktum att det rör ett förhållandevis lågt belopp måste en uteslutning ses som en alltför ingripande åtgärd enligt principen om proportionalitet.

Vidare har Arbetsförmedlingen uppställt ett obligatoriskt krav på omsättning om en och en halv miljon kr som ska styrkas genom att lämna in en årsredovisning eller ett revisorsintyg. Bolaget är idag befintlig leverantör åt Arbetsförmedlingen för den upphandlade tjänsten. Bolaget har goda referenser och har levt upp till sina åtaganden. Omsättningskravet måste mot denna bakgrund ses som onödigt långtgående för att uppnå syftet att säkerställa en god leverans av tjänsten. Dessutom utestänger det på ett omotiverat

sätt små företag. Kravet måste därför anses konkurrensbegränsande och oproportionerligt.

Arbetsförmedlingen borde ha öppnat för andra bevismedel gällande omsättningskravet. När de ställde frågor till Arbetsförmedlingen fick de besked om möjligheten att använda en bankgaranti för att styrka bolagets ekonomiska ställning. Eftersom sista datum för frågor och svar hade passerat kunde de inte ge information till banken om vad garantin skulle omfatta. Denna bristande förutsägbarhet begränsade deras möjlighet att vara med och tävla om kontraktet. Omsättningskravet är ett obligatoriskt krav och det får inte råda några tvivel om dess innebörd.

Endast ett företag gick vidare i upphandlingen och det fanns alltså inga konkurrerande anbud för Arbetsförmedlingen att jämföra med i utvärderingen. Eftersom bolaget felaktigt uteslöts har deras anbud inte kunnat utvärderas vilket har lett till skada för bolaget.

Arbetsförmedlingen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Det anges i förfrågningsunderlaget att leverantörer som inte fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter kommer att uteslutas. Arbetsförmedlingen har i kontakt med Skatteverket fått information om att bolaget haft ett underskott på skattekontot sedan december 2017. Arbetsförmedlingen förmedlar aldrig uppdrag eller avtal till företag som har skatteskulder, och behandlar därmed alla likvärdigt enligt 4 kap. 1 § LOU.

Upphandlingens värde uppskattades till ca en miljon kr per år avseende en fyraårsperiod. Enligt 14 kap. 4 § LOU får den upphandlande myndigheten ställa krav på minsta omsättning men den får inte bestämmas till ett belopp som är mer än två gånger så högt som det uppskattade värdet av upphandlingen, i detta fall två miljoner kr per år. Årsomsättningen skulle styrkas

genom den senaste fastställda årsredovisningen alternativt ett revisorsintyg. I en fråga föreslog bolaget självt att bestyrkandet istället skulle kunna ske genom en bankgaranti. Detta godtogs av Arbetsförmedlingen genom svar på den ställda frågan. Bolaget kom därefter in med ett revisorsintyg vilket visade att bolagets omsättning beräknades komma att uppgå till 1,2 miljoner kr, alltså klart under kravet på 1,5 miljoner kr.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet är om det finns sådana brister i den aktuella upphandlingen att det finns skäl för ingripande med stöd av bestämmelserna i LOU.

Rättsliga utgångspunkter

Upphandlande myndigheter ska behandla 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 (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 §, eller någon annan bestämmelse lagen, och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (20 kap. 6 § LOU).

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i LOU. Det är den part som ansökt om överprövning av upphandlingen som har att visa att denne lidit eller kan komma att lida skada av de påstådda bristerna (HFD 2013 ref. 53).

Förvaltningsrättens bedömning

Felaktig uteslutning

I upphandlingar med förenklat förfarande får en leverantör uteslutas om myndigheten får kännedom om att leverantören inte har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, och detta har fastställts genom ett bindande domstolsavgörande eller myndighetsbeslut som har fått laga kraft. En upphandlande myndighet får även utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten på ett annat lämpligt sätt kan visa att dessa skyldigheter inte har fullgjorts (19 kap. 18 § och 13 kap. 2 § LOU).

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att 13 kap. 4 § LOU, som reglerar att en upphandlande myndighet *ska* ge leverantören tillfälle att yttra sig över de omständigheter som utgör skäl för uteslutning, inte är tillämplig på upphandlingar med förenklat förfarande. Vidare framgår av 13 kap. 5 § att undantag från uteslutning föreligger om en leverantör har fullgjort sina skyldigheter eller ingått en bindande överenskommelse eller liknade.

Vid upphandlingar med förenklat förfarande *får* enligt bestämmelser i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU, en myndighet begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund att utesluta leverantören på grund av obetalda skatter eller socialförsäkringsavgifter (15 kap. 13 § och 10 kap 2 § ÄLOU). Motsvarande handläggningsregler finns inte i nu aktuell lag men enligt förarbetsuttalanden ska de nya reglerna på det icke direktiv styrda området ha de tidigare bestämmelserna som förebild (prop. 2015/16:195 s. 751). Vidare ska de åtgärder som vidtas vara förenliga med principerna för offentlig upphandling exempelvis proportionalitetsprincipen

(prop. 2015/16:195 s. 1146), det vill säga åtgärderna ska vara nödvändiga och ändamålsenliga.

Enligt förvaltningsrättens mening innebär detta att vid en upphandling med förenklat förfarande har den upphandlade myndigheten inte en skyldighet att lämna en leverantör tillfälle att yttra sig och en leverantör har inte en rätt att bli tillfrågad utan istället bör leverantören få tillfälle att yttra sig om det finns anledning att ifrågasätta de uppgifter som myndigheten hämtat in från den behöriga myndigheten.

Arbetsförmedlingen har inhämtat uppgifter om bolagets betalning av skatter och socialförsäkringsavgifter från Skatteverket (19 kap. 19 § LOU). Skatteverket har den 28 februari 2018 svarat att bolaget den 27 februari 2018 har ett underskott på skattekontot med 42 956 kr och att skulden funnits sedan den 12 december 2017 och successivt ökat samt att bolaget i februari 2018 fått en betalningsuppmaning med information om eventuell restföring. Enligt utredningen i målet har bolaget haft ett underskott på skattekontot under perioden den 12 december 2017 – den 27 februari 2018 och en del av skulden har överlämnats till Kronofogdemyndigheten den 3 mars 2018. En betalningsuppmaning har enligt kontoutdraget lämnats efter avstämningsdagen den 3 februari 2018. Bolagets anbud har lämnats in senast den 26 februari 2018. Under perioden som bolaget har haft ett underskott på kontot har det inte fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter. Då det inte funnits skäl att ifrågasätta uppgifterna från Skatteverket anser förvaltningsrätten att det inte varit oproportionerligt att utesluta bolagets anbud utan att först ge bolaget tillfälle att yttra sig. Att endast en lämplig anbudsgivare kvarstod påverkar inte denna bedömning. Inte heller att bolaget gjort inbetalningar på skattekontot som bokförts den 28 februari 2018.

Oproportionerligt omsättningskrav

Reglerna i 14 kap. 1, 3 och 4 §§ LOU om krav på finansiell ställning är inte tillämpliga på upphandlingar med förenklat förfarande. Den fråga förvaltningsrätten har att pröva är därmed om omsättningskravet kan anses strida mot proportionalitetsprincipen.

Det är den upphandlande myndigheten som har att identifiera sina behov och utifrån dessa utforma förfrågningsunderlaget i överensstämmelse med LOU och de EU-rättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen. Av proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på anbudsgivaren än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen.

I Arbetsförmedlingens upphandlingsdokument anges bl.a. följande.

3.2.1 Finansiell styrka

Anbudsgivaren ska ha tillräcklig finansiell styrka för att genomföra uppdraget. Företagets årsomsättning ska det senaste avslutade räkenskapsåret ha uppgått till minst 1,5 MSEK. Årsomsättning ska styrkas genom senaste fastställda årsredovisningen alternativt revisorsintyg.

Bolaget har anfört att de är leverantör av den aktuella tjänsten i dagsläget och det löpande kontraktet har ett årligt värde om 600 000 kr. Arbetsförmedlingens uppskattade värde framstår därför inte vara baserat på verkliga marknadsbaserade förhållanden.

Arbetsförmedlingen har uppgett att de ställt upp ett omsättningskrav i syfte att säkerställa att anbudsgivaren ska ha tillräcklig finansiell styrka för att genomföra uppdraget. Vidare är det deras inställning att varje upphandling är en ny, isolerad process i vilken ett nytt förfrågningsunderlag arbetas fram

och en ny konkurrensutsättning sker utan någon som helst koppling till tidigare avtal.

Det uppskattade värdet av upphandlingen är en miljon kr per år. Omsättningskravet uppgår till en och en halv miljon kr per år. Förvaltningsrätten anser inte att det finns skäl att ifrågasätta Arbetsförmedlingens värdering av kontraktet. Att det årliga värdet för ett tidigare kontrakt avseende samma uppdrag har varit lägre än en miljon kr tidigare medför inte en annan bedömning.

Arbetsförmedlingen har ställt upp ett omsättningskrav för att säkerställa att vinnande anbudsgivare har tillräckliga ekonomiska förutsättningar för att genomföra uppdraget. Förvaltningsrätten finner inte annat visat än att kravet har varit sakligt motiverat och att beloppet vid jämförelse med det förväntade värdet av kontraktet inte kan anses oproportionerligt högt. Regeln i 14 kap. 4 § LOU om att den upphandlande myndighetens krav på minsta omsättning inte får bestämmas till ett belopp som är mer än två gånger så högt som det uppskattade värdet av upphandlingen är visserligen inte tillämplig på den aktuella upphandlingen. Att Arbetsförmedlingens omsättningskrav ändå satts inom de gränser som lagen förordar talar enligt förvaltningsrättens mening för att kravet inte kan anses vara oproportionerligt och diskriminerande mot små bolag. Det uppställda omsättningskravet kan därmed inte anses strida mot proportionalitetsprincipen.

Bristande förutsägbarhet

En upphandlande myndighet ska på begäran av en leverantör lämna kompletterande upplysningar om upphandlingsdokumenten senast sex dagar före angiven sista dag för anbud, förutsatt att upplysningarna har begärts i god tid. Upplysningarna ska lämnas skriftligen till alla leverantörer som deltar i upphandlingsförfarandet (19 kap. 28 § LOU).

Bolaget har anfört att det borde ha framgått av upphandlingsdokumentet att det var möjligt att använda en bankgaranti för att styrka sin ekonomiska ställning och att upphandlingen därmed inte har genomförts i enlighet med principen om öppenhet.

Arbetsförmedlingen har uppgett att de har godtagit ett bankintyg som styrker att omsättningskravet är uppfyllt och att svaret har lämnats inom den tid som anges i LOU. Anbudstiden var densamma för alla anbudsgivare. De har därmed inte vidtagit någon åtgärd i strid med någon av de gemenskapsrättsliga principerna.

Förvaltningsrätten anser att omsättningskravet i sig är tydligt och det framgår vilket krav som ställs på leverantörens omsättning. Omsättningskravet som sådant strider således inte mot principen om öppenhet.

Bolaget har efter en fråga fått ett undantag från kravet på att omsättningen ska styrkas genom den senaste fastställda årsredovisningen alternativt ett revisorsintyg. Det har inte framkommit att Arbetsförmedlingen har brutit mot LOU i kommunikeringen av undantaget. Det har inte heller framkommit i övrigt att förutsägbarheten har brutit på ett sätt som medför att upphandlingen ska göras om.

Sammanfattning

Sammantaget anser förvaltningsrätten att bolaget inte visat att någon upphandlingsrättslig princip åsidosatts. Bolaget kan därmed inte anses ha lidit någon skada i den mening som avses i LOU. Bolagets 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).



Anna Önell

Chefsrådman

Förvaltningsrättsnotarien Amanda Bos Ekman har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nå för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.