


SÖKANDE

Feelgood Företagshälsovård AB, 556185-6385

 Ombud: Advokat Erik Brändt Öfverholm och Jur.kand. Philip Thorell
Baker & McKenzie Advokatbyrå KB

MOTPART

 Älmhults kommun
Upphandling - Ekonomienheten

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2019 06 26	
För	
Dom	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och upphäver Älmhults kommuns beslut att avbryta upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Älmhults kommun (kommunen) har genomfört en upphandling avseende företagshälsovård (Företagshälsovård dnr 18/43). Upphandlingen har genomförts som ett förenklat förfarande enligt LOU. Tilldelningsbeslut meddelades den 30 april 2019 där det framgår att Arbetslivspartner i Sverige AB:s anbud har bedömts som ekonomiskt mest fördelaktigt. Älmhults kommun har den 7 maj 2019 beslutat att avbryta upphandlingen.

Feelgood Företagshälsovård AB (Feelgood) yrkar att förvaltningsrätten ska upphäva avbrytandebeslutet samt anför bl.a. följande. Kommunens beslut att avbryta upphandlingen vilar inte på något sakligt godtagbart skäl och strider mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU. Genom angivna brott mot LOU har Feelgood, som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga

anbudet i upphandlingen, fråntagits möjligheten att tilldelas upphandlingskontraktet. Feelgood har på grund därav lidit skada, eller kan komma att lida skada, på sätt som avses i 20 kap. 6 § LOU.

Upphandlingen avser företagsvårdstjänster för kommunen och genomförs som ett förenklat förfarande enligt LOU. Kommunen meddelade den 24 april 2019 ett tilldelningsbeslut i vilket det framgick att tre anbudsgivare lämnat anbud i upphandlingen och att upphandlingskontraktet tilldelats Arbetslivspartner i Sverige AB (Arbetslivspartner) före Feelgood som kom på andra plats. Kommunen meddelade ett nytt tilldelningsbeslut den 30 april 2019 med samma rangordning av anbudsgivarna på grund av att dokument saknades i det första tilldelningsbeslutet. Den 3 april 2019 påpekade Feelgood för kommunen att Arbetslivsparters anbud rätteligen borde förkastas på grund av bristande kravuppfyllnad. Den 7 maj 2019 meddelades Feelgood genom ett e-postmeddelande att även kommunen numera bedömde att Arbetslivspartner inte uppfyllde samtliga obligatoriska krav i upphandlingen och att kommunen därför avsåg att avbryta upphandlingen. Avbrytandebeslutet meddelades senare samma dag. Skälen för att avbryta upphandlingen som angetts i avbrytandebeslutet utgör inte var för sig eller sammantaget sådant sakligt godtagbart skäl som krävs för att avbryta upphandlingen.

Av beslutet framgår att kommunens ena skäl att avbryta upphandlingen var följande. ”Älmhults kommun har annonserat och tilldelat en upphandling av Företagshälsovård. Efter tilldelningsbeslut uppmärksammades en felaktighet, då det vid utvärderingen har framkommit att referenserna som kontrollerades inte avsåg företaget enligt kapitel 1.5.1 Kvalificering i upphandlingsunderlaget. Älmhults kommun har felaktigt godkänt att det vinnande anbudet har lämnat referenser på personer på företaget och inte på företaget i sig.”. Feelgood instämmer i bedömningen att kommunen i tilldelningsbesluten felaktigt bedömt att Arbetslivsparters anbud varit det ekonomiskt mest fördelaktiga, eftersom det rätteligen borde ha förkastats på grund av

bristande kravuppfyllnad. Eftersom felet är hänförligt till utvärderingsfasen och inte till det konkurrensuppsökande skedet kan felet emellertid läkas genom att kommunen fattar ett nytt tilldelningsbeslut där Arbetslivspartners anbud inte beaktas. Eftersom två kvalificerade anbud kvarstår som kan tilldelas kontrakt istället för det anbud som borde ha förkastats är det av kommunen anförda skälet inte godtagbart, och kan därför inte läggas till grund för att avbryta upphandlingen. En annan ordning skulle innebära att en upphandlande myndighet efter eget skön kan skapa ett sakligt godtagbart skäl att avbryta en upphandling efter anbudstiden, t. ex. på grund av att en viss anbudsgivare uteslutits, genom att uppsåtligen begå ett fel. Kommunen har därför inte haft rätt att avbryta upphandlingen på denna grund.

I avbrytandebeslutet framgår att kommunens andra skäl för att avbryta upphandlingen är följande. ”*Vidare ger underlaget inte möjlighet för nystartade företag att lämna anbud, vilket bryter mot likabehandlingsprincipen enligt LOU 4 kap. 1 §. Utifrån uppkommen situation har upphandlande myndighet inte gjort en korrekt utvärdering av vinnande anbud och upphandlingsunderlaget har inte möjliggjort för nystartade företag att lämna in uppgifter utifrån de krav som är uppställda i underlaget. Sakliga skäl föreligger därmed för att avbryta ifrågavarande upphandling.*” Kommunen har i telefonsamtal med Feelgood uppgett att även detta skäl syftar på det obligatoriska kravet om referenstagning i punkt 1.5.1 i upphandlingen. Enligt referenskravet ska anbudsgivaren – d.v.s. den juridiska eller fysiska person som lämnar anbudet – lämna kontaktuppgifter till en referent vars erfarenhet från anbudsgivarens tidigare utförda uppdrag ska ligga till grund för bedömningen hur anbudsgivaren kan komma att antas utföra kommunens framtida uppdrag. Vid samtalet upp gav kommunen att kravet kommer att sänkas i den nya upphandlingen så att referenser även kommer godtas från uppdrag som anbudsgivarens personal utfört inom ramen för andra verksamheter där de tidigare varit anställda. Kommunens skäl vilar på grunden att referenskravet

strider mot likabehandlingsprincipen. Så är emellertid inte fallet. Kommunen verkar ha missförstått likabehandlingsprincipens innebörd. Kommunen synes mena att krav som enbart vissa anbudsgivare kan uppfylla strider mot likabehandlingsprincipen. Ett sådant synsätt förutsätter emellertid att olika situationer behandlas lika. En anbudsgivare som har efterfrågat kapacitet för att uppfylla kravet befinner sig inte i samma situation som en anbudsgivare som inte gör det (t.ex. på grund av att anbudsgivaren är ett nybildat företag). Istället befinner sig anbudsgivarna i olika situationer och ska, för att likabehandlingsprincipen inte ska trädas för när, behandlas olika. Likabehandlingsprincipen innebär att anbudsgivare som inte uppfyller de obligatoriska kraven som uppställts i en upphandling ska uteslutas. Det ligger i sakens natur att krav på anbudsgivarens yrkesmässiga och tekniska kapacitet är svårare för nybildade företag att uppfylla. Det betyder emellertid inte att den upphandlande myndigheten har någon skyldighet att jämna ut förutsättningarna för att underlätta för nybildade företag att lämna anbud. En annan ordning skulle innebära att rätten för upphandlande myndigheter att ställa krav på anbudsgivarnas ekonomiska, finansiella, yrkesmässiga och tekniska kapacitet helt skulle sakna ändamål. Syftet med referenskravet är uppenbarligen att kommunen vill försäkra sig om att anbudsgivarna har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att kunna utföra uppdraget på ett ändamålsenligt sätt. Att uppnå detta syfte genom att ställa krav på att en av anbudsgivarens uppgivna referenter ska intyga att anbudsgivaren utfört liknande uppdrag på ett tillfredsställande sätt är ändamålsenligt, proportionerligt och något som görs i de flesta upphandlingar. Det kan knappast finnas någon oklarhet om att referenstagning avseende uppdrag som anbudsgivaren själv utfört generellt sett är förenliga med likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen samt de övriga grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU. Referenskravet är för övrigt mycket lågt ställt då endast en referens behöver lämnas och det inte ställs några krav avseende referensuppdragets storlek, om det utförts inom privat eller offentlig verksamhet eller på

vilken geografisk plats det utförts. Nybildade företag, liksom övriga anbudsgivare, har enligt 19 kap. 23 § LOU även möjlighet att åberopa andra företags kapacitet om sådan kapacitet saknas internt. Sammanfattningsvis måste det anses uppenbart att referenskravet inte strider mot likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen eller någon annan grundläggande princip i 4 kap. 1 § LOU. Utformningen av referenskravet kan därför inte utgöra ett sakligt godtagbart skäl att avbryta upphandlingen.

Frånvaron av sakligt godtagbara skäl är i sig tillräckligt för att konstatera att avbrytandebeslutet saknar laglig grund. Att avbryta en upphandling av det huvudsakliga syftet att möjliggöra för en anbudsgivare att lämna anbud i en ny upphandling med krav som särskilt anpassats för denne anbudsgivare strider mot likabehandlingsprincipen. Det är ostridigt att Feelgood lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i upphandlingen och därför hade tilldelats kontrakt om kommunen inte begått det upphandlingsrättsliga felet att avbryta upphandlingen. Feelgood har härigenom lidit, eller kan komma att lida, skada på sätt som anges i 20 kap. 6 § LOU.

Kommunen bestrider bifall till Feelgoods ansökan och anför bl.a. följande. Avbrytandebeslutet vilar på sakligt godtagbara skäl då upphandlingsunderlaget inte överensstämde med gällande rätt och kommunen därför brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1-2 §§ LOU, likvärdig behandling av alla leverantörer.

Kommunen tilldelade kontraktet för företagshälsovård till Arbetslivspartner. Efter tilldelning uppmärksammade Feelgood kommunen på att tilldelat anbud inte uppfyller kravet på referenser. Efter att kommunen ytterligare granskat upphandlingsunderlaget blev det tydligt att Arbetslivspartner inte hade möjlighet att kvalificera sig utifrån den skrivning som upphandlingsunderlaget har, och kunde således inte uppfylla just kravet på referenser. Ar-

betslivspartner är nystartat (2018-10-25) och i utformningen av upphandlingsunderlaget ställs kvalificeringskrav rörande referenser på företaget och inte referenser på anställda i företaget. I upphandlingsunderlaget tas inte hänsyn till nystartade företag då ett nystartat företag inte har samma förutsättningar som ett etablerat företag. Tillåts inte referenser från tidigare anställningar strider denna upphandling mot proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LOU. Hade kommunen gått på Feelgoods önskan om att förkasta det vinnande anbudet istället för att avbryta upphandlingen hade kommunen begränsat konkurrensen och missgynnat nystartade företagare på ett otillbörligt sätt enligt 4 kap. 2 § LOU.

Feelgood har inte lidit skada eftersom de får samma möjligheter som övriga anbudsgivare att lämna in ett nytt anbud när kommunen går ut och konkurrensutsätter företagshälsovård med ett underlag som följer kraven i 4 kap. 1 § LOU. Utifrån den uppkomna situationen hade kommunen inget annat val än att avbryta den aktuella upphandlingen som lagen tillåter.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Ett beslut att avbryta en upphandling är enligt praxis inte förbehållet undantagssituationer eller situationer då det föreligger tungt vägande skäl. Det finns inte någon skyldighet för en upphandlande enhet att i alla lägen fullfölja en påbörjad upphandling. Ett beslut att avbryta en upphandling måste emellertid vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt. En förutsättning för ett avbrytandebeslut är att beslutet fattats i enlighet med de grundläggande gemenskapsrättsliga reglerna för upphandling. Det är den upphandlande enheten som ska visa att det förelegat sakligt godtagbara skäl för att avbryta en upphandling (se EU-domstolens domar i mål C-92/00 och mål C-244/02 samt Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref. 43).

Av 4 kap. 1 § LOU framgår att 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.

Älmhults kommun har i sitt avbrytandebeslut angett grunder för beslutet enligt följande.

- Älmhults kommun har annonserat och tilldelat en upphandling av Företagshälsovård. Efter tilldelningsbeslut uppmärksammades en felaktighet, då det vid utvärderingen har framkommit att referenserna som kontrollerades inte avsåg företaget enligt kapitel 1.5.1 Kvalificering i upphandlingsunderlaget. Älmhults kommun har felaktigt godkänt att det vinnande anbudet har lämnat referenser på personer på företaget och inte på företaget i sig.
- Vidare ger underlaget inte möjlighet för nystartade företag att lämna anbud, vilket bryter mot likabehandlingsprincipen enligt LOU 4 kap. 1 §. Utifrån uppkommen situation har upphandlande myndighet inte gjort en korrekt utvärdering av vinnande anbud och upphandlingsunderlaget har inte möjliggjort för nystartade företag att lämna in uppgifter utifrån de krav som är uppställda i underlaget. Sakliga skäl föreligger därmed för att avbryta ifrågavarande upphandling.

I målet är ostridigt att kommunen felaktigt godkänt att det vinnande anbudet lämnat referenser enligt 1.5.1. Kvalificering. Anbudet borde därför ha förkastats. Att av denna anledning avbryta upphandlingen är enligt förvaltningsrättens mening inte ett sakligt godtagbart skäl.

Kommunen har vidare anfört som grund att upphandlingsunderlaget bryter mot likabehandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LOU då det inte möjliggjort för nystartade företag att lämna anbud utifrån kraven i underlaget. Kommunen har i målet anfört att det gäller möjligheten att uppfylla kravet på referenser. Av 1.5.1 Kvalificering i upphandlingsunderlaget framgår bl.a. att referenstagning kommer att ske och att referenserna ska ligga till grund för hur S (säljaren) kan komma att antas utföra K:s (köparens) framtida uppdrag

med hänsyn till referensens erfarenhet av S utfört uppdrag. Referensfrågorna är bl.a. om företaget har utfört uppdraget på ett godkänt sätt och om samarbetet med säljaren har fungerat på ett tillfredsställande sätt under uppdragstiden osv.

Förvaltningsrätten konstaterar att det faktum att vissa leverantörer inte klarar att möta berättigade krav från den upphandlande myndigheten inte utgör en överträdelse mot likabehandlingsprincipen. Förvaltningsrätten anser att de i upphandlingsdokumentet uppställda kraven är berättigade och finner därför inte att upphandlingsdokumentet i denna del bryter mot likabehandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LOU.

Enligt förvaltningsrättens mening har kommunen därmed inte visat att det förelegat saklig grund för att avbryta upphandlingen. Feelgood har härigenom lidit, eller kunnat komma att lida, skada på sätt som anges i 20 kap. 6 § LOU. Skäl till ingripande enligt LOU föreligger därmed. Feelgoods ansökan om överprövning ska därför bifallas på så sätt att kommunens beslut att avbryta upphandlingen upphävs.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Maria Dahlqvist
rådman

Föredragande: Susanne Rehnström



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

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.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

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 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.