



KONKURRENSVERKET	
2016 -11- 16	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Alfa Quality Moving AB, 556501-0229

Ombud: Advokaterna Pernilla Larsson, Björn Lind och
Thomas Svedberg
Gärde Wesslau Advokatbyrå i Jönköping HB
Box 684
551 19 Jönköping

MOTPART

Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 4 mars 2016
i mål nr 8661-15, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 14 mars 2016 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Alfa Quality Moving AB yrkar att upphandlingen såvitt avser området "Relocation" ska rättas på så sätt att utvärderingen görs om och anbudet från bolaget utvärderas. Bolaget anför bl.a. följande. Förvaltningsrätten har

KONKURRENS-
Dok.Id 368735 VERKET / UPPHANDLINGEN / FÖR KAMMARRÄTTEN

förbiset att Konkurrensverket inte är en beslutande myndighet. Stämningsansökan från Konkurrensverket är endast en partsinlaga i ett tvistemål. Förvaltningsrätten har även förbisett att det aktuella konkurrensmålet endast avser längden på konkurrensklausuler. Frågan har inte tidigare prövats och kan inte jämföras med en prövning av exempelvis anbudskarteller. Även om det inte krävs en lagakraftvunnen dom för att den upphandlande myndigheten ska kunna göra sannolikt att ett allvarligt fel i yrkesutövningen har begåtts, kan man inte per automatik utesluta en anbudsgivare på grund av en stämningsansökan från Konkurrensverket. En prövning utifrån omständigheterna i varje enskilt fall måste göras. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att anbudsgivaren gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Om en stämningsansökan från Konkurrensverket i sig skulle vara tillräckligt för att den upphandlande myndigheten ska ha uppfyllt sin bevisbörda, innebär det att anbudsgivaren kommer att vara fråntagen möjligheten att tilldelas upphandlingskontrakt under hela den tid som den konkurrensrättsliga prövningen pågår. Förvaltningsrättens tillämpning innebär att en anbudsgivare drabbas av en påtaglig skada under en lång tid, oavsett om anbudsgivaren är skyldig till en konkurrensöverträdelse. Tingsrätten har dessutom numera lämnat Konkurrensverkets talan utan bifall.

Västra Götalandsregionen anser att överklagandet ska avslås och anför bl.a. följande. Regionen har inte agerat i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU. Vid tiden för kvalificering av inkomna anbud fick regionen kännedom om att Konkurrensverket lämnat in en stämningsansökan gällande överträdelse av konkurrenslagen. Regionen bedömde att bolaget genom sitt agerande gällande konkurrensklausulen gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen. Det finns inte något krav på en lagakraftvunnen dom och en sådan ska inte behöva avvaktas för att den upphandlande myndigheten ska kunna fatta ett beslut om uteslutning. Hänsyn ska tas till Konkurrensverkets prioriteringspolicy, varför det finns skäl att tillmäta en stämningsansökan från myndigheten den betydelsen att det är sannolikt att bolaget

gjort sig skyldigt till konkurrensbegränsande samarbete. Det fanns därmed stöd för att utesluta bolaget från upphandlingen med de förutsättningar som förelåg vid tiden för regionens beslut.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om den upphandlande myndigheten haft fog för att utesluta bolaget på den grunden att bolaget gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen. Som framgår av 10 kap. 2 § LOU är det den upphandlande myndigheten som ska visa detta förhållande. Av praxis framgår att det är tillräckligt att den upphandlande myndigheten gör sannolikt att anbudsgivaren gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Vidare framgår att bedömningen av om så är fallet tar sikte på förhållandena vid tidpunkten för uteslutningsbeslutet (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 61).

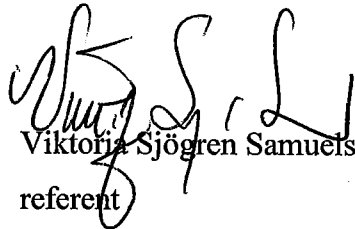
Vid tidpunkten för regionens beslut att utesluta bolaget ur upphandlingen hade myndigheten fått kännedom om att Konkurrensverket lämnat in en stämningsansökan till tingsrätt. I ansökan gjorde Konkurrensverket gällande att bolaget gjort sig skyldigt till en överträdelse enligt konkurrenslagen (2008:579). Bolaget har anfört att det förhållandet att en stämningsansökan lämnats in inte utgör grund för uteslutning och att tingsrätten dessutom numera ogillat Konkurrensverkets talan.

Bedömningen tar sikte på förhållandena vid tidpunkten för beslutet om uteslutning. Kammarrätten anser i likhet med förvaltningsrätten att det faktum att Konkurrensverket beslutat att väcka en talan om konkurrensskadeavgift har varit grund för att utesluta bolaget ur upphandlingen. Att tingsrätten senare, såsom första instans, ogillat Konkurrensverkets talan förändrar inte denna bedömning. Regionen har därmed haft fog för sitt beslut, varför överklagandet ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Niclas Falkendal



Viktoria Sjögren Samuelsson

referent



Roger Petersson



Ninni Svensson Olin



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG

Avd. 3

DOM
2016-03-04
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
8661-15
8988-15

AB 12
Sida 1 (21)

Bilaga A

SÖKANDE

Mål nr 8661-15

1. Alfa Quality Moving AB

Ombud: Advokaterna Thomas Svedberg, Pernilla Larsson och Björn Lind
Gärde Wesslau Advokatbyrå
Box 684
551 19 Jönköping

Mål nr 8988-15

2. Paragona Polska S.p. z.o.o. S.K., PL526-27-71-853

Ombud: Maria Krantz och Denise Malmström
Tenders TED Law AB
Artillerigatan 6
114 51 Stockholm

MOTPART

Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Alfa Quality Moving AB:s ansökan.

Förvaltningsrätten bifaller Paragona Polska S.p. z.o.o. S.K:s ansökan och bestämmer att upphandlingen ska rättas.

Dok.Id 368103

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se	031 - 711 78 59	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (VGR) genomför en upphandling av *Rekrytering och relocation utländsk vårdpersonal*, dnr RS 1539-2015. Av tilldelningsbeslut framgår att VGR avser att teckna avtal med annat bolag än Alfa Quality Moving AB avseende område 2: Relocation och med annat bolag än Paragona Polska S.p. z.o.o. S.K. avseende anbudsområde 1: Rekrytering.

YRKANDEN M.L.M.

Mål nr 8661-15

Alfa Quality Moving AB (AQM) yrkar att upphandlingen avseende området Relocation ska rättas på så sätt att AQM:s anbud ska utvärderas. AQM anför i huvudsak följande.

I tilldelningsbeslut den 5 augusti 2015 rangordnades AQM som det bästa anbudet. VGR ersatte därefter den 13 augusti 2015 beslutet avseende Relocation genom ett nytt tilldelningsbeslut i vilket AQM:s anbud diskvalificerades och orsaken angavs vara att AQM gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen enligt 10 kap. 2 § 4 p. LOU. Bestämmelsen innebär att en leverantör *får* uteslutas från att delta i en upphandling om leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen *och* den upphandlande myndigheten kan visa detta. Det fordras visserligen inte en lagakraftvunnen dom för att slå fast att ett fel har begåtts men den upphandlande myndigheten måste åtminstone göra sannolikt att leverantören gjort sig skyldig till ett fel som är allvarligt och som är relaterat till yrkesutövningen. En automatisk uteslutning utan en föregående prövning är inte förenlig med EU-rätten. VGR:s skäl till uteslutningen av AQM:s anbud är ett påstående från Konkurrensverket om överträdelse av förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen (KL) om konkurrensbegränsande samarbete. Vad Konkurrensverkets påstå-

ende handlar om är konkurrensklausulerna i två aktieöverlåtelseavtal och om konkurrensförbudet för säljaren i dessa har för lång löptid för att vara proportionellt. Konkurrensverket har *inte* ifrågasatt konkurrensklausulerna som sådana utan förekomsten av konkurrensklausuler i aktieöverlåtelseavtal är tvärtom helt legitimt och vedertaget, oavsett om avtalsparterna är i samma bransch. Konkurrensverket har också medgivit att någon överträdelse inte hade varit för handen om löptiden för konkurrensförbudet hade varit högst två år. Tvisten gäller en avtalsmässig teknikalitet där frågan är koncentrerad till längden på konkurrensklausulen. Konkurrensverket har väckt talan vid Stockholms tingsrätt, men någon dom har inte avkunnats.

AQM bestrider att bolaget brutit mot förbudet om konkurrensbegränsande samarbete. Enbart det faktum att en stämning lämnats in innebär inte att AQM har gjort sig skyldig till det som påstås. Konkurrensverkets stämningensansökan är inte ett myndighetsbeslut utan en partsinlaga i ett civilrättsligt mål. Ingen annan konkurrensmyndighet i Europa har heller tidigare väckt talan på grund av längden på en konkurrensklausul, vilket visar att Konkurrensverkets uppfattning inte har något stöd vare sig i domstolspraxis eller i andra konkurrensmyndigheters agerande.

AQM har motsatt sig att konkurrensklausulerna innebär en överträdelse av förbudet i 2 kap. 1 § KL. Konkurrensverkets stämningensansökan har ifrågasatts kraftigt av experter på ämnet, bland annat av professor Ulf Bernitz. Något stöd för att AQM skulle gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen finns således inte, utan tvärtom synes VGR ha gått händelserna i förväg och fattat beslut på omständigheter som saknar grund. VGR har genom att felaktigt utesluta AQM brutit mot de grundläggande principerna om bland annat likabehandling och transparens.

Även för det fall det funnits grund för Konkurrensverkets påstående utgör den överträdelse som Konkurrensverket åsyftar inte ett allvarligt fel i yrkes-

utövning. Begreppet yrkesutövning tar inte sikte på alla åtgärder som leverantören vidtar utan enbart de som berör just yrkesutövningen. Vad som avses med yrkesutövning beror på vilken typ av verksamhet som leverantören bedriver. Inte heller är alla överträdelser av konkurrensrätten att anse som allvarliga. Av EU-domstolens dom i mål C-465-11 (Forpostmålet) framgår att allvarligt fel i yrkesutövning är sådana felaktiga ageranden som inverkar på den aktuella aktörens trovärdighet i professionellt avseende. I praxis har exempel på allvarliga fel i yrkesutövningen varit utfärdande av osanna fakturor, bildande av priskarteller i samband med anbudsförfarande och dyligt. Konkurrensverkets påstående om överträdelser bygger på att löptiden för de aktuella konkurrensklausulerna är för lång och att de därmed inte har ett sådant nödvändigt samband med aktieöverlåtelsen att det är tillåtet i konkurrenshänseende. Den aktuella frågan är därmed synnerligen begränsad och handlar rätteligen om ett allmänt avtalsvillkor vid ett bolagsförvärv där regelverket och praxis inte är tydligt och förutsägbart. Det är inte att jämföra med att AQM skulle ha vidtagit konkreta och aktiva rättsliga tveksamma åtgärder i verksamheten utan handlar i så fall om en missbedömning av hur många år en konkurrensklausul kan gälla.

Den påstådda överträdelsen har överhuvudtaget ingen koppling till den verksamhet som AQM bedriver eller till bolagets anbud till VGR eller i något annat anbudsförfarande och hade även i övrigt saknat betydelse för AQM:s trovärdighet i professionellt avseende. En överträdelse av längden på en konkurrensklausul utgör inte heller ett *allvarligt* brott i konkurrenshänseende och således inte heller ett allvarligt fel i yrkesutövning. Det påstådda felet är sammantaget inte av den karaktären att det medför rätt för en upphandlande myndighet att tillämpa uteslutningsgrunden i 10 kap. 2 § 4 punkten LOU.

Om AQM inte hade uteslutits skulle bolaget ha tilldelats kontraktet för Relocation. AQM har därför lidit skada av VGR:s felaktiga handläggning.

VGR:s brott mot LOU tar inte sikte på det konkurrensuppsökande skedet, varför rättelse av utvärderingen är en tillräcklig åtgärd.

VGR bestrider AQM:s ansökan och anför i huvudsak följande.

VGR har inte agerat i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Av Konkurrensverkets stämningensansökan framgår att AQM har ingått i ett konkurrensbegränsande samarbete. VGR anser att begreppet konkurrensbegränsande samarbete inte enbart avser rena karteller utan även omfattar andra typer av samarbeten som riskerar att negativt påverka eller snedvrída konkurrensen. VGR anser därtill att AQM, genom att i sitt köpeavtal skriva in en oskäligt lång konkurrensklausul och på så vis minimera konkurrensen avseende utrikes bohagsflyttningar, har på ett medvetet sätt hindrat konkurrensen på marknaden. Genom att agera i strid med 2 kap. 1 § KL har AQM gjort sig skyldiga till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Som stöd för att VGR uppfyller kravet på att visa att sådant allvarligt fel föreligger hänvisar VGR till vad Stockholm Stad anförde och som även Förvaltningsrätten i Stockholm instämde med i mål nr 30380-14. Där uttalade Stockholm Stad följande. "Av Konkurrensverkets prioriteringspolicy framgår det att ärenden som gäller allvarliga problem eller företeelser ska prioriteras. Beslutet att väcka talan förutsätter att verket inom ramen för sin konkurrenstillsyn och utifrån sin expertkompetens har bedömt att det är fråga om en allvarlig överträdelse, annars hade talan inte väckts. När en tillsynsmyndighet har fattat beslut om att väcka talan av aktuellt slag måste en upphandlande myndighet utgå från att det är sannolikt att en leverantör som är föremål för talan har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen." Förvaltningsrätten ansåg att det mot bakgrund av ovanstående var klarlagt att Stockholms Stad gjort sannolikt att motparten hade gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

I HFD 2013 ref. 61 konstateras att en leverantör kan uteslutas till följd av vad som kommit fram av ett inte lagakraftvunnet omprövningsbeslut från Skatteverket. Den upphandlande myndigheten ska inte behöva avvakta att de förhållanden som ligger till grund för uteslutning i sig avgörs genom ett lagakraftvunnet avgörande från myndighet eller domstol. I samma dom uttalade HFD att den aktuella bestämmelsen bör tolkas så att det för uteslutning av leverantör på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen är tillräckligt att den upphandlande myndigheten gör sannolikt att leverantören gjort sig skyldig till sådant fel.

VGR anser att AQM medvetet har begränsat konkurrensen på marknaden avseende utrikes bohagsflyttningar för att själva stärka sin andel inom den marknaden och det får anses innefattas i bolagets yrkesutövning.

Sammantaget anser VGR att det mot bakgrund av Konkurrensverkets stämningensansökan, vilken kommit till VGR:s kännedom efter att tilldelningsbeslut har meddelats, finns grund för att utesluta AQM från upphandlingen. VGR har gjort en bedömning i det enskilda ärendet av innehållet i Konkurrensverkets stämningensansökan och då kommit fram till att bolaget har gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen. Mot bakgrund av vad som anges i 10 kap. 2 § 4 p. LOU finns det därmed skäl att utesluta AQM. Eftersom detta även framgått tydligt av anbudsinbjudan har beslutet att utesluta AQM inte stått i strid med principerna om transparens, likabehandling eller proportionalitet.

AQM anför i yttrande tilläggsvis i huvudsak följande. AQM har rätteligen på goda grunder agerat utifrån att klausulernas löptid är motiverade och därmed godtagbara. Något uppsåt eller någon medvetenhet från AQM:s sida avseende konkurrensbegränsande åtgärder har således aldrig förekommit. Förvaltningsrätten i Stockholms uttalande i mål nr 30380-14 att en tillsynsmyndighets beslut att väcka talan är detsamma som att det är sannolikt att

företaget som stämmningsansökan avser har gjort sig skyldig till en överträdelse är anmärkningsvärt. Förvaltningsrätten har uppenbarligen förbisett att Konkurrensverkets uppfattning inte har någon rättsverkan i sig och domstolens inställning strider mot grundläggande rättsprinciper. Domen har inte överklagats och saknar prejudikatsvärde. VGR:s hänvisning till domen ska lämnas utan avseende.

HFD 2013 ref. 61 avsåg ett omprövningsbeslut från Skatteverket där Skatteverket, till skillnad från Konkurrensverket i aktuellt mål, hade en beslutande funktion, där beslutet kunde verkställas. Innebörden och rättsverkan av Skatteverkets beslut kan således inte på något sätt jämföras med Konkurrensverkets stämmningsansökan. Avgörandet från HFD är därmed inte tillämpligt i nu aktuellt fall.

Konkurrensverkets stämning är inte ett bevis för att AQM har ingått ett konkurrensbegränsande samarbete. Konkurrensverkets subjektiva uppfattning kan därmed inte per automatik läggas till grund för ett beslut om förkastande enligt LOU. Konkurrensverket har i beslut dnr 445/2000 medgivit att vad som är tillåten giltighetstid inte har fastställts utan att den godtagbara löptiden för konkurrensförbud måste bedömas från fall till fall och kan uppgå till mer än fem år om det finns godtagbara skäl. Konkurrensverkets grunder för att väcka talan måste kraftigt ifrågasättas och VGR har därför inte, genom hänvisning till Konkurrensverkets stämmningsansökan och innehållet i den, gjort sannolikt att AQM har gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Mål nr 8988-15

Paragona Polska S.p. z.o.o. S.K. (Paragona) yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering görs där Paragonas anbud 2 (onlineanbudet) kvalificeras och rangordnas som etta och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Paragona anför i huvudsak följande.

Paragona har lämnat två separata och helt fristående kompletta anbud avseende anbudsområde 1, Rekrytering. Bägge anbuden innehåller identiska beskrivningar för delprocesserna rekrytering och relocation. Vad gäller delprocessen utbildning innehåller anbuden samma utbildningsmetoder, nämligen klassrumsbaserad utbildning (campusutbildning) och onlineutbildning. Skillnaden, vad gäller beskrivningarna av delprocessen utbildning i anbuden, är proportioner. Samma referensuppdrag har lämnats för båda anbuden.

VGR har inte ställt krav på vilken utbildningsmetod eller kombination av utbildningsmetoder leverantören ska använda sig av. Onlineanbudet rangordnades som etta i det första tilldelningsbeslutet men i det nya tilldelningsbeslut har VGR beslutat att diskvalificera Paragonas onlineanbud eftersom VGR anser att Paragonas referenser inte uppfyller kravet på att referenspersonerna ska kunna uttala sig om hur väl bolaget uppfyllt tidigare uppdrag, att båda referensuppdragen avser uppdrag med utbildning på campus och att referensuppdraget inte motsvarar det område Paragona lämnat anbud på, onlineutbildning. Anbudet uppfyller dock de ställda kraven och ska vid en ny utvärdering återigen rangordnas som etta. Genom att diskvalificera anbudet har VGR agerat i strid med likabehandlings-, transparens- och proportionalitetsprinciperna.

En upphandlande myndighet får endast kontrollera och utvärdera anbud utifrån förfrågningsunderlagets krav. Det är inte tillåtet att lägga till eller justera krav efter anbudstidens utgång och lägga detta till grund för att diskva-

lificera ett anbud. VGR:s motivering att diskvalificera Paragonas onlineanbud visar att VGR ändrat i referenskraven. Detta kan enkelt konstateras genom att jämföra VGR:s motivering med punkterna 5.1 och 5.1.1 i anbudsintjudan. Paragona har i sitt anbud angett det antal referensuppdrag avseende rekrytering, språk och relocation som VGR har krävt. Paragonas referenspersoner har en direkt koppling till referensuppdragen och de är av liknande art som det uppdrag som nu upphandlas. Referenspersonerna från VGR har under fyra års tid fått läkare levererade av Paragona och referenterna är väldigt nöjda. Olyckligtvis förefaller VGR dock vara av uppfattningen att referenspersonerna för de referensuppdrag som Paragona lämnat i onlineanbudet inte kan uttala sig om hur väl Paragona uppfyllt tidigare uppdrag. VGR:s synsätt är uppenbarligen att referenspersonerna inte har haft kännedom om resultatet av utbildningen med de metoder som Paragona ämnar använda sig av i upplägget som beskrivs i onlineanbudet. VGR synes vara av uppfattningen att referenspersonerna enbart kan uttala sig om sådana uppdrag som bygger på den metod Paragona beskriver i sitt andra anbud (campusanbudet). Detta synsätt ger uttryck för en felaktig tolkning av referenskravet. Enligt VGR:s synsätt måste de referensuppdrag som anges till sitt innehåll vara identiska med det upplägg som anbudsgivare offererar i sitt anbud. Om kravet tolkas och tillämpas på det sätt som VGR har gjort är kravet kraftigt konkurrenshämmande och oproportionerligt. Angivna referenspersoner kan uttala sig om hur väl Paragona uppfyllt tidigare uppdrag. Om det, även om så inte framgår av förfrågningsunderlaget, ska förstås som att det är ett krav att referenspersonerna i angivna referensuppdrag ska kunna uttala sig om en sådan utbildningsmetod, eller kombination av utbildningsmetoder, som anbudsgivaren erbjuder i sitt anbud uppfyller onlineanbudet ett sådant krav. Vad gäller rekrytering och relocation känner referenspersonerna väl till Paragonas förmåga. Skillnaden mellan Paragonas båda anbud är proportionerna av delprocessen utbildning. Referenspersonerna har erfarenhet av såväl campus- som onlineutbildning och kan följaktligen uttala sig om detta. Kandidaterna i de lämnade referensuppdragen har de facto genomgått såväl on-

line- som campusutbildning. Paragona har sammantaget, i sitt nuvarande uppdrag gentemot VGR (där referensuppdragen hämtats från), använt sig av onlineutbildningen i stor utsträckning. Hela den förberedande delen görs online liksom den viktiga slutfasen. Att som VGR hävda att båda referensuppdragen endast avser uppdrag med campusutbildning är således missvisande. Referenserna belyser att Paragona har de relevanta kunskaper och erfarenheter som onlineanbudet avser.

VGR bestrider Paragonas ansökan och anför i huvudsak följande.

VGR har inte agerat i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i samma lag. I campusanbudet anges det att efterfrågad utbildning offereras med en blandning av 12 veckors campusutbildning och 14 veckors onlineutbildning. I Paragonas onlineanbud offereras en utbildning där Paragona anger att en "mycket begränsad utbildningsmodul sker på campus". Paragona har som komplettering till sina anbud även uttryckt i en fråga i Frågor och svar att det finns nackdelar med att enbart bedriva onlineutbildning, att bortfallet av kandidater är stort eftersom motivationen minskar genom att kandidaterna tvingas behålla sina tidigare arbeten och inte kan koncentrera sig på språkutbildningen. De har därtill i samma fråga anført att det i praktiken blir omöjligt att garantera samlad leverans av grupper inför kommande introduktionsutbildning på arbetsplatsen i Sverige och att leveranstiden förmodas mångdubblas samt att flera internationella undersökningar visar att kvaliteten med enbart onlineutbildning är betydligt sämre än vid till exempel blandad modell. Trots detta har Paragona valt att offerera en onlineutbildning för att ha större chans till att tilldelas avtal. Precis som Paragona anför har inte VGR specificerat i förfrågningsunderlaget vilken utbildningsmetod som ska användas. I sitt svar till Paragonas ovan nämnda fråga angav VGR att kravet på att kandidaterna ska uppfylla den kravställda språknivån kvarstod, oavsett utbildningsmetod. Denna inställning har VGR haft genom hela processen och har där-

för inte uteslutit Paragonas anbud grundat på vilken utbildningsmetod som offererats.

I Anbudsinbjudan anges det under punkten 5.1 ett antal krav på referenserna. Där anges bland annat att anbudsgivarens referensuppdrag ska belysa att anbudsgivaren har relevanta kunskaper och erfarenhet som anbudet avser. VGR har i detta krav uttryckt att det som efterfrågas är ett uttalande angående anbudsgivarens förmåga och kapacitet att utföra det som nu offereras i anbudsgivarens anbud (jfr Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål nr 3582-09). VGR har ställt ett antal krav på vad referenserna ska kunna uttala sig om. Vid kontakt med Paragonas referenser har det kommit fram att de enbart har haft avtal med Paragona i fråga om den utbildningsmetod som offereras i bolagets campusombud. Det har därmed inte varit möjligt att uttala sig om Paragonas förmåga avseende onlineutbudet. Förutom referensernas bedömning av campusutbildningen har även en kommentar lämnats som uttryckt att språkundervisningen i form av intensivkurs på campus är extremt nödvändigt eftersom det krävs att det ska gå att säkerställa att kandidaterna kan utöva sitt yrke direkt i anslutning till kursen.

Eftersom de åberopade referenserna inte har haft någon erfarenhet av det som offereras i onlineanbudet har det inte heller kunnat uttala sig om annat än vad som offereras i campusanbudet. Till följd av att det handlar om två olika utbildningsmetoder där det inte finns några referenser som kan uttala sig angående onlineanbudet har det inte varit möjligt att tillämpa åberopade referenser för båda anbuden. Eftersom efterfrågade uppgifter inte har kunnat lämnas är kravet på att lämna referenser i onlineanbudet inte uppfyllt.

Denna brist i fråga om att referenserna inte har någon erfarenhet av det som offereras i onlineanbudet kom till VGR:s kännedom först efter att tilldelningsbeslutet meddelats. Genom att kontrollera uppgifterna med åberopade referenser var det ett korrekt beslut att meddela nytt tilldelningsbeslut. Nå-

gon förändring på det sätt som Paragona påstår, i form av ändrad tolkning av kvalificeringskraven, föreligger inte och har inte heller visats av Paragona.

Paragona anför i yttranden tilläggsvis i huvudsak följande.

Båda Paragonas anbud avser blandande utbildningsmetoder. Av VGR:s yttrande ges intrycket att Paragonas ena anbud endast, vad gäller utbildningsdelen, omfattar campusutbildning och att det andra anbudet omfattar endast onlineutbildning. Detta är inte korrekt. Varje rekryteringsprojekt, oavsett proportioner/fördelning mellan campus- och onlineutbildning, inleds alltid med onlineundervisning. Detta påbörjas så snart Paragona har bedömt att kandidaten kan vara relevant, det vill säga innan anställningsintervju hos beställaren.

Den fråga Paragona ställt till VGR är inte en komplettering till anbudet utan ställdes innan anbudstidens utgång. Syftet med frågan var att få till en förändring av grunderna för tilldelning på så sätt att priset skulle få en mindre betydelse i utvärderingen. Genom att efter anbudstidens utgång lägga informationen som erhöles genom Paragonas fråga till grund för att diskvalificera Paragonas anbud på ett allvarligt sätt överträtt transparens-, likabehandlings- och proportionalitetsprinciperna.

Det finns ingenstans i den bilaga med VGR:s frågor till referenspersonerna frågor med innebörden att referenspersonerna ska uttala sig om anbudsgivarens förmåga och kapacitet att utföra den utbildningsmetod, eller den blandning av utbildningsmetoder, som anbudsgivaren uppgett i sitt anbud.

Att de tidigare utbildningar som genomförts i referensuppdragen har bestått av såväl campus- som onlineutbildning styrks av till yttrandet bilagda utbildningsplaner för kurserna som bedrivits inom ramen för referensuppdra-

gen. Onlineutbildningen har tidsmässigt utgjort ca två tredjedelar av utbildningstiden. Det må vara så att referenserna har en mer personlig erfarenhet av campusutbildningen. Detta eftersom de besökt campus under utbildningstiden. I onlineutbildningen har dock referenspersonerna också varit involverade varför referenspersonerna kan uttala sig om Paragonas kompetens och förmåga att bedriva onlineutbildning. Referenterna har sett välutbildade läkare som gått Paragonas utbildning och de har själva sett hur professionella Paragona har varit på campus. Att referenterna inte har samma fördjupade inblick i hur onlineutbildningen i detalj har bedrivits är inte märkligt och innebär på intet sätt att referenterna inte kan uttala sig om Paragonas förmåga och kapacitet att utföra det som nu offereras.

VGR har dragit felaktiga slutsatser utifrån referenssvaren. Det anges ingens i det dokument referenten har gett in att referenten inte kan uttala sig om en sådan blandning av utbildningsmetoder som Paragona erbjuder. Det förefaller som att VGR endast inhämtat en ifylld referensfrågebilaga från en referent, trots att anbudsgivare har haft att lämna två referenser. Om någon osäkerhet rådde borde VGR ha inhämtat ett uttalande även från den andra referenten.

Om förvaltningsrätten skulle finna att grund för rättelse inte föreligger yrkar Paragona att upphandlingen avseende Anbudsområde 1 görs om. Om det ska förstås som ett obligatoriskt krav att anbudsgivare i sitt anbud ska ange referensuppdrag som är identiska med det upplägg som anbudsgivaren erbjuder i sitt anbud är ett sådant krav som inte är förenligt med proportionalitetsprincipen. Ett sådant krav verkar direkt konkurrenshämmande eftersom ett sådant krav förhindrar naturlig verksamhetsutveckling och hindrar anbudsgivare från att offerera ett så ekonomiskt fördelaktigt anbud som möjligt utifrån förfrågningsunderlagets krav och förutsättningar. Det har inte heller framgått av förfrågningsunderlaget att en anbudsgivare ska ange refe-

renser med identiska uppdrag, vilket i så fall strider mot proportionalitetsprincipen (jfr s.9).

Angivna referensuppdrag styrker väl Paragonas erfarenhet inom det område som anbudet avser. VGR har gjort en alltför långtgående tolkning av ställda referenskrav, en tolkning som saknar stöd i förfrågningsunderlaget. Av det referensomdöme Paragona fått ta del av ges Paragona högsta betyg/bästa omdöme på samtliga frågor. Referensfrågeformuläret anger ingenstans att referenserna ska uttala sig om den utbildning som offereras i anbudsgivarens anbud. Att hävda att detta är ett obligatoriskt krav, och tillämpa "kravet" för att diskvalificera Paragonas anbud, visar på ett uppenbart sätt att VGR på ett otillåtet sätt lagt till ett obligatoriskt krav efter anbudstidens utgång. Det framgår ingenstans att referensen ska uppge om referensen har någon erfarenhet av den utbildning som offereras i anbudet. Referensen har uppenbarligen kunnat uttala sig om slutresultatet av utförd tjänst och hur kandidaten klarar sig språkmässigt vid ankomst eftersom Paragonas referens lämnat högsta betyg för dessa delar. VGR har inte styrkt påståendet att det vid kontakt med referenserna kommit fram att de inte har någon erfarenhet av den utbildning som offereras i anbudet. Det får anses vara klarlagt att referenterna de facto har erfarenhet av Paragonas onlineutbildning vilket de också intygar.

VGR anför i yttranden tilläggsvis i huvudsak följande.

VGR har i tilldelningsbeslut, i kontakt med Paragona och i tidigare yttrande uppgett att det är kravet i Anbudsinbjudan punkt 5.1 som Paragona inte uppfyller. I det aktuella kravet anges bland annat att anbudsgivarens referensuppdrag ska belysa att anbudsgivaren har relevanta kunskaper och erfarenheter som anbudet avser. Eftersom Paragona inte har kunnat visa någon referens som har kunnat uttala sig om den utbildning som offereras i onli-

neanbudet har kravet inte ansetts vara uppfyllt. Någon förändrad tolkning av kravet har inte skett.

Vid kontakt med referenserna har det kommit fram att de inte har någon erfarenhet av den utbildning som offereras i onlineanbudet. Detta medför att oavsett vilken fördelning Paragona hänvisar till har detta inte varit möjligt för referenserna att besvara flera av referensfrågorna. Exempel på dessa brister är att referensen inte kan uttala sig angående hur slutresultatet av utförd tjänst var då de enbart nyttjat den utbildningsmetod som offererats i campusanbudet. Inte heller har det varit möjligt för referensen att svara på hur kandidaten klarar sig språknässigt vid ankomst då inte heller denna erfarenhet från onlineanbudet finns hos återopad referens. Sammantaget framgår det tydligt att då ingen av de återopade referenserna har tagit del av den utbildningsmetod som offereras i onlineanbudet har inte kravet på att lämna referens för det aktuella anbudet kunnat uppfyllas.

VGR motsätter sig de intyg Paragona gett in som handlar om dess referenser. Paragona har begärt ett intyg av personernas erfarenhet av nu pågående avtal. Detta är inte samma utbildning som Paragona har offererat i sitt onlineanbud. Den anställde har därmed inte erfarenhet av den typ av onlineutbildning som nu offereras i pågående upphandling. Det avtal som VGR och Paragona har idag och som är det som referenserna kan uttala sig om är i stället den som erbjuds i campusanbudet. Det innebär att referensen inte kan uttala sig eller besvara flera av de referensfrågor som ställts varför kravet på referenser avseende onlineanbudet inte är uppfyllt. VGR:s inställning styrks av information från de anställda som signerat Paragonas intyg att de varken hade kännedom om pågående överprövning eller de två olika typer av anbud som Paragona har offererat. Referenserna har alltså enbart uttalat sig om sin erfarenhet av vad som offereras i Paragonas campusanbud. Detta innebär att intygen helt saknar värde vad gäller referensernas erfarenhet av det offerrade onlineanbudet. VGR vidhåller att Paragona inte har lämnat någon refe-

rens som har erfarenhet av den typ av utbildning som Paragona offererar i sitt onlineanbud. Att referenserna har erfarenhet av den del av onlineutbildning som ingår i campusanbudet är inte likvärdigt med den utbildning som erbjuds genom onlineanbudet. Eftersom sådan referens saknas är kravet inte uppfyllt och Paragona har därför inte kunnat kvalificera sig.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår 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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 10 kap. 2 § 4 punkten LOU får en leverantör uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta.

I 2 kap. 1 § KL anges att sådana avtal mellan företag som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt är förbjudna, om inte annat följer av denna lag.

Utredningen

I anbudsinvitan angavs bland annat följande.

5.1.1 Referensuppdrag

Anbudsgivare ska i sitt anbud ange minst två (2) relevanta referensuppdrag motsvarande de områden som avses i denna upphandling – rekrytering av utländska specialistläkare/Relocation. Referenserna ska finnas tillgängliga och tala svenska/engelska. De måste ha en direkt koppling till upphandling av liknande art.

Anbudsgivarens referensuppdrag ska belysa att anbudsgivaren har relevanta kunskaper och erfarenheter som anbudet avser.

...

Förvaltningsrättens bedömning

Mål nr 8661-15

VGR har diskvalificerat AQM:s anbud från upphandlingen med hänvisning till att det bolaget gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen enligt 10 kap. 2 § 4 p. LOU. VGR hänvisar till att Konkurrensverket lämnat in en stämmingsansökan i vilken anförs att AQM har överträtt förbudet i 2 kap. 1 § KL och EUF-fördraget mot konkurrensbegränsande samarbete genom att ingå avtal som haft till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt. AQM anser att bolaget inte har gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen.

För att utesluta en leverantör är det tillräckligt att den upphandlande myndigheten gör sannolikt att en leverantör har gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen. Det krävs inte någon lagakraftvunnen dom avseende det allvarliga felet i yrkesutövningen och en leverantör kan uteslutas till följd av

vad som kommit fram av ett inte lagakraftvunnet omprövningsbeslut från Skatteverket (se EU-domstolens mål C-465/11 Forposta SA och HFD 2013 ref. 61).

Förvaltningsrätten konstaterar att det i beaktandesats 43 i ingressen till det direktiv som ligger till grund för LOU (Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG) anges överträdelse av just konkurrenslagstiftning som exempel på allvarligt fel i yrkesutövningen. Förvaltningsrätten anser att den typ av överträdelse av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete som VGR anför att AQM har gjort sig skyldig till, genom att använda sig av konkurrensklausuler med för lång löptid för att vara proportionellt, kan utgöra ett allvarligt fel i yrkesutövningen, som kan ligga till grund för uteslutning i upphandlingen.

Frågan är här efter om VGR har gjort sannolikt att AQM har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Förvaltningsrätten konstaterar att det vid tidpunkten för VGR:s besluta om att fatta ett nytt tilldelningsbeslut och då utesluta AQM ur upphandlingen inte fanns någon dom utan enbart Konkurrensverkets stämningsansökan. Förvaltningsrätten anser att en tillsynsmyndighets beslut att väcka talan av aktuellt slag får anses innebära att det kan betraktas som sannolikt att företaget som stämningsansökan avser har gjort sig skyldig till överträdelsen och att Konkurrensverkets beslut att väcka talan i detta avseende får anses jämförbart med ett inte lagakraftvunnet omprövningsbeslut från Skatteverket (jfr HFD 2013 ref. 61). Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att VGR har gjort sannolikt att AQM har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Vad AQM har anfört föranleder ingen annan bedömning. AQM:s ansökan ska därför avslås.

Mål nr 8988-15

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets krav inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet. VGR har diskvalificerat Paragonas anbud från upphandlingen med motiveringen att Paragona inte uppfyller ställda krav avseende referenser. Paragona anser att anbudet uppfyller de krav som ställts i upphandlingen.

Enligt anbudsinbjudan punkt 5.1.1 måste referenserna ha en direkt koppling till upphandling av liknande art och anbudsgivarens referensuppdrag ska belysa att anbudsgivaren har relevanta kunskaper och erfarenheter som anbudet avser. Förvaltningsrätten konstaterar att de referensuppdrag Paragona har angett i stort härrör sig till det som nu upphandlas inom anbudsområde 1, Rekrytering. Förvaltningsrätten anser att det inte går att tolka kravet så som att det enbart är referensuppdrag identiska med det uppdrag som anbudet avser som får lämnas.

I målet har kommit fram att Paragona i upphandlingen har kommit in med två anbud och att skillnaden mellan dessa består i att proportionerna av delarna campusutbildning och onlineutbildning skiljer sig åt. I det anbud som benämnts som onlineanbudet framgår att Paragona tillhandahåller en mycket begränsad utbildningsmodul på campus. I det andra anbudet, campusanbudet, framgår att kärnan i utbildningen utgörs av den campusbaserade studietiden som sker under ett antal månader. Det är klarlagt att såväl campus- som onlineutbildning ingår som delar i respektive anbud.

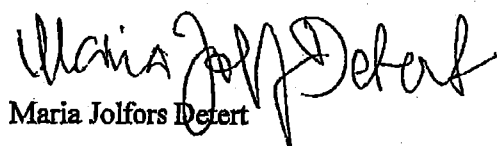
Paragona anser att ställda krav i upphandlingen är uppfyllda och har i målet kommit in med intyg från referenserna där det framgår att dessa är medvetna om att en stor del av utbildningen som Paragona har bedrivit i aktuella refe-

rensuppdrag har genomförts online och att de därmed har erfarenhet av Paragonas onlineutbildning. Paragona har också kommit in med utbildningsplaner för lämnade referensuppdrag där det framgår att de tidigare uppdragen omfattat en stor del onlineutbildning. VGR har varit i kontakt med referenserna och har å sin sida anfört att referenserna, som också är anställda inom VGR, endast har erfarenhet av nu pågående avtal och att det inte rör sig om samma slags utbildning som Paragona har offererat i sitt onlineanbud utan att det som referenserna har erfarenhet av är sådan utbildning som offereras i Paragonas campusanbud.

Förvaltningsrätten anser att det, utifrån den utredning som har presenterats i målet, saknas skäl att ifrågasätta att de referenser Paragona har lämnat har en sådan direkt koppling till upphandlingen som krävts. Eftersom även de tidigare referensuppdragen innehållit stora delar onlineutbildning finns det inte heller skäl att ifrågasätta att de aktuella referenserna har möjlighet att uttala sig om Paragona har de relevanta kunskaper och erfarenheter som onlineanbudet avser.

Mot denna bakgrund står det klart att VGR inte haft fog för sitt beslut att diskvalificera Paragonas anbud och att bolaget lidit skada därav. Eftersom bristen i VGR:s förfarande inte hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede bedöms rättelse vara en tillräcklig åtgärd (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2005 ref. 47). Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen av inkomna anbud som uppfyller ställda krav ska göras om, varvid Paragonas anbud tillåts delta.

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



Maria Jolfors Detert

Rådman

Föredragande i målen har varit föredragande juristen Markus Zander.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

