



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 31

DOM
2016-09-27
Meddelad i Stockholm

Sida 1 (6)

Mål nr
15434-16

SÖKANDE

Proact IT Sweden AB, 556328-2754
Box 1205
164 28 Kista

MOTPART

Arbetsförmedlingen
Juridiska avdelningen
113 99 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2016 -09- 27 →	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen (Af 2016/0007357) ska rättas på så sätt att ny utvärdering ska göras, varvid anbudet från Proact IT Sweden AB inte ska förkastas utan istället tas med i utvärderingen av de kvalificerade anbudena.

Dok.Id 772131

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

YRKANDEN M.M.

Arbetsförmedlingen genomför, som förnyad konkurrensutsättning enligt 5 kap. 7 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), en avropsupphandling av servrar, dnr Af-2016/0007357, från Statens inköpscentral vid Kammarkollegiets (Kammarkollegiet) ramavtal "Servrar, lagring samt näraliggande produkter och tjänster 2012", ärendenummer 96-108-2011 (ramavtalet). I tilldelningsmeddelande den 11 juli 2016 meddelade Arbetsförmedlingen att man avser att sluta kontrakt med en annan leverantör än Proact IT Sweden AB (Proact).

Proact yrkar att upphandlingen ska rättas genom att kvalificeringen görs om varvid Proacts anbud tas upp till utvärdering. Som grund anförs att upphandlingen strider mot likabehandlingsprincipen och att Proact riskerar lida skada om avtal tecknas med annan leverantör. Till stöd för sin talan anför Proact bl.a. följande.

Tilldelningsbeslut meddelades ursprungligen den 1 juli 2016 varigenom Proact tilldelades kontraktet. Efter klagomål från en konkurrent till Proact har Arbetsförmedlingen meddelat ett nytt tilldelningsbeslut varigenom Proacts anbud har förkastats och konkurrenten tilldelats avtalet. Som grund anges att en av Proact anlita underleverantör inte var godkänd av Kammarkollegiet vid tidpunkten då avropssvar lämnades den 16 juni 2016. Arbetsförmedlingen saknar grund för påståendet. Arbetsförmedlingens förfrågningsunderlag innehåller över huvud taget inga krav som rör leverantörernas rätt att anlita underleverantörer. Redan på denna grund har Arbetsförmedlingen saknat fog för att förkasta Proacts anbud.

Anledningen till att användandet av underleverantörer inte regleras i förfrågningsunderlaget till avropsförfrågan är att den frågan redan är reglerad i ramavtalet. I detta framgår t.ex. att det mellan ramavtalsleverantören och

underleverantören ska finnas ett giltigt samarbetsavtal som ramavtalsleverantören på Kammarkollegiets begäran ska kunna uppvisa (punkten 7.2) och att tillägg eller byte av underleverantör får ske endast efter godkännande av Kammarkollegiet (punkten 7.5). Ramavtalet stipulerar således inte att en underleverantör måste vara godkänd vid en viss tidpunkt, t.ex. då avropssvar ges in. Inte heller föreskrivs något motsvarande i Arbetsförmedlingens avropsförfrågan.

Kammarkollegiet har också under hand lämnat beskedet att det räcker med att underleverantör är godkänd av Kammarkollegiet vid tidpunkten för avtalstecknandet. Det ligger i linje med 11 kap. 12 § och 15 kap. 15 a § LOU. Av bestämmelserna framgår att leverantören, t.ex. genom att tillhandahålla åtagande från underleverantören i fråga, ska visa att dennas kapacitet kommer att stå till leverantörens förfogande när avtalet ska fullgöras. Proact har till aktuell avropsförfrågan bifogat ett sådant åtagande från underleverantör.

Vidare föreligger ett sådant godkännande, som avses i punkten 7.5 i ramavtalet, beträffande aktuell underentreprenör. En uppdaterad lista med godkända underleverantörer har publicerats på webbplatsen Avropa.se den 7 juli 2016 och där framgår att underentreprenören är godkänd. Underleverantören var godkänd av Kammarkollegiet vid tidpunkten för kvalificeringen och tilldelningsbeslutet den 11 juli 2016.

Av EU-domstolens dom i mål nr 234/03, *Contse*, framgår att det är orimligt att krav som rör villkor för deltagande i en upphandling, och som medför en rad utgifter för leverantörer, ska vara uppfylla redan vid anbudsinlämnandet. Även för det fall Arbetsförmedlingen i strid med ramavtalet skulle ha ställt krav på att viss underleverantör ska vara godkänd redan vid inlämnade av avropssvar skulle en sådan åtgärd vara i strid med proportionalitetsprincipen och opåkallat diskriminera leverantörer som anlitar underleverantörer.

Arbetsförmedlingen bestrider ingripande enligt LOU och anför till stöd för sin inställning i huvudsak följande. Det kom efter tilldelningsbeslutet den 1 juli 2016 till Arbetsförmedlingens kännedom att Proacts offererade underleverantör Compose IT Systems AB (Compose) vid sista dag för anbuds-lämnande den 16 juni 2016 inte fanns i förteckningen över godkända underleverantörer (se punkten 7.5 i ramavtalet) som ramavtalsansvarig myndighet Kammarkollegiet publicerar på Avropa.se. Proact har vid avropslämnandet, till fullgörandet av leveransen, åberopat kapacitet hos en underleverantör som Proact enligt det underliggande ramavtalet inte har rätt till, eftersom underleverantören inte är godkänd av Kammarkollegiet. Proacts avropssvar borde således ha förkastats redan vid kvalificeringen och inte ha utvärderats. Arbetsförmedlingen beslöt då att återkalla tilldelningsbeslutet av den 1 juli 2016. Nytt tilldelningsmeddelande sändes ut den 11 juli 2016 där Proact inte tilldelades kontrakt. Arbetsförmedlingen har agerat i enlighet med förfrågningsunderlaget och LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 1 kap. 9 § LOU följer bl.a. att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principen om proportionalitet. Att utvärdera och anta ett anbud som inte uppfyller kraven strider mot lika-behandlingsprincipen, se EU-domstolens avgörande C-243/89, *Stora Bält*. Om upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Avseende tidpunkt för de obligatoriska kravens uppfyllande är huvudregeln, enligt kammarrättspraxis, att dessa ska vara uppfyllda vid tiden för anbud-

singivandet, om inte annat anges eller ett krav på så tidig prestation vore oproportionerligt, se domar av Kammarrätten i Göteborg den 5 april 2012, mål nr 26-12, och den 11 december 2014, mål nr 3688-14. I EU-domstolens avgörande *Contse*, ansåg domstolen att det var oproportionerligt att kräva att anbudsgivaren ska förfoga över lokaler för tillhandahållande av tjänsten redan vid anbudet avgivande (dvs. innan anbudsgivaren vet om den kommer att tilldelas kontrakt). Förvaltningsrätten anser inte att detta är en jämförbar fråga om underleverantörs kapacitet och åtagande enligt 11 kap. 12 § LOU. Här är det enligt förvaltningsrättens uppfattning rimligt att tolka att kravet ska vara uppfyllt redan vid anbudsgivandet. Fråga i målet är emellertid vilka krav som faktiskt ställts och om Proact brister i uppfyllande av dessa.

Det enda stöd i upphandlingshandlingarna, som Arbetsförmedlingen i tilldelningsbeslut eller i yttrande till förvaltningsrätten åberopar för sitt förkastande av Proacts anbud, är ramavtalets punkt 7.5; även Proact hänvisar till denna punkt. I punkten anges att tillägg eller byte av underleverantör får ske endast efter godkännande av Statens Inköpscentral (och får ske tidigast sex månader efter ramavtalets ikraftträdande samt högst en gång per kvartal om ej synnerliga skäl föreligger). Denna punkt i ramavtalet saknar enligt förvaltningsrättens mening relevans i målet, eftersom Arbetsförmedlingen inte har gjort gällande att Proact bytt till eller lagt till någon underleverantör som inte angetts redan i Proacts avropssvar. Att "tillägg" här skulle kunna avse att anbudsgivaren åberopar kapacitet från en underleverantör som inte finns med i en viss förteckning på Avropa.se kan inte på något sätt tolkas in i punkten 7.5 i ramavtalets avsnitt om underleverantörer.

Mer relevant är dock, vilket nämns av Proact, punkten 7.2 i ramavtalet. I denna punkt anges följande:

Mellan Ramavtalsleverantören och Underleverantör ska ett giltigt samarbetsavtal finnas, vilket reglerar leverans av Hårdvara, Programvara och Tjänster samt det ansvar som framgår av Ramavtalet. Ramavtalsleverantören

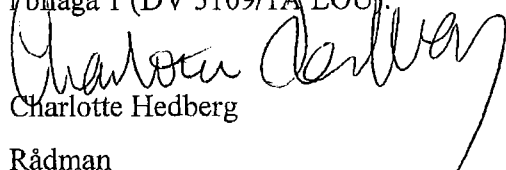
ska på Statens inköpscentralers begäran kunna uppvisa ett giltigt samarbetsavtal.

Enligt förvaltningsrättens mening ska detta krav behandlas på samma sätt som om det stod i ett förfrågningsunderlag. Om Proact uppfyller kravet så var det fel att Arbetsförmedlingen förkastade Proacts anbud. Om Proact inte uppfyllt kravet var det rätt att Arbetsförmedlingen förkastade anbudet. I målet är ostridigt att Proact bifogat ett åtagande från sin underleverantör vid avropssvaret. Detta åtagandes äkthet har inte ifrågasatts i sig av Arbetsförmedlingen. Vad Arbetsförmedlingen anfört är att underleverantören i fråga inte finns med på Kammarkollegiets lista på Avropa.se. Inget krav på att underleverantören ska finnas i denna lista anges vare sig i ramavtalet eller i Arbetsförmedlingen avropsförfrågan.

Arbetsförmedlingen har, efter att först tilldelat Proact avtal, ändrat sig och förkastat Proacts anbud på grund av ett krav som inte framgår någonstans i upphandlingshandlingarna, utan som Arbetsförmedlingen har lagt till. Detta strider mot både likabehandlingsprincipen och transparensprincipen. Proacts ansökan ska bifallas och upphandlingen ska rättas på så sätt att ny anbudsutvärdering ska göras av Arbetsförmedlingen varvid Proacts anbud ska anses vara kvalificerat och ingå i utvärderingen i konkurrens med de andra kvalificerade anbuden.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).


Charlotte Hedberg
Rådman

David Munck har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. 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 överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.