



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-12-14
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 20217-12
 Enhet 15

SÖKANDE

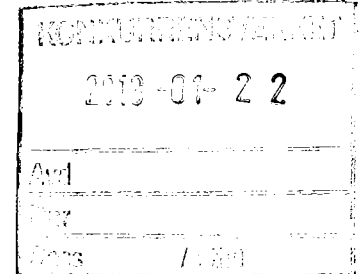
Capto HR AB, 556782-8214
 Vaksalagatan 6
 753 20 Uppsala

MOTPART

Nynäshamns kommun
 149 81 Nynäshamn

SAKEN

Ogiltighetstalan enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU



DOMSLUT

1. Förvaltningsrätten avslår Nynäshamns kommuns yrkande om att ansökan ska avvisas.
2. Förvaltningsrätten bifaller Capto HR AB:s ansökan och förklarar att avtalen mellan Nynäshamns kommun och Arenius Schröder & Besterman Rekryteringstjänster och Ledarutveckling AB, HRM Affärsutveckling i Stockholm AB respektive Poolia Sverige Aktiebolag avseende rekryteringstjänster (2011/250) är ogiltiga enligt LOU.
3. Förvaltningsrätten avslår Capto HR AB:s yrkande om att avtal ska tecknas med bolaget.

Dok.Id 291045

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND

Nynäshamns kommun (nedan kommunen) har genomfört en upphandling avseende rekryteringstjänster genom ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU med syfte att träffa avtal med de tre leverantörer som erbjuder de mest ekonomiskt fördelaktiga avtalen.

Den 20 september 2012 skickades tilldelningsbeslut ut elektroniskt till samtliga anbudsgivare.

Ansökan om överprövning av upphandlingen inkom den 1 oktober 2012 till förvaltningsrätten från Capto HR AB (bolaget).

Nynäshamns kommun har meddelat att avtal med två av tre utvalda leverantörer hade ingåtts den 2 oktober 2012 och att avtal med den tredje leverantören hade ingåtts den 4 oktober 2012.

YRKANDEN, GRUNDER M.M.

Bolaget yrkar att ingångna avtal mellan kommunen och de tre vinnande leverantörerna avseende ”Rekryteringstjänster” ska förklaras ogiltiga. Avtal ska tecknas med Capto HR AB som erbjudit det klart lägsta anbudet.

Till stöd för sin talan anför bolaget huvudsakligen följande. Deras anbud har felaktigt diskvalificerats, avtalsspärr gäller och de avtal som tecknats med utsedda leverantörer är olagliga och ska rivas upp. Utvärderingen har inte följt de förutsättningar den upphandlande enheten själv har ställt upp i sitt förfrågningsunderlag. I dokumentet ”Skallkrav”, punkten 3.3 föreskrivs: I fall att något referensbrev skulle saknas till ett anbud vid anbudsöppnandet, så kommer Nynäshamns kommun att kontakta referenspersonen i fråga för att säkerställa att brev skickats. Nynäshamns

kommun förbehåller sig också rätten att ringa och ställa följdfrågor kopplade till det som är skrivet. Ange därför kontaktuppgifter till utsedda referenser i anbudet. Bolagets anbud har förkastats med motiveringen att tillräckligt antal referenser inte inkommit innan anbudstiden löpt ut och att kontaktuppgifter till referenter saknats. Detta är felaktigt. Bolaget bifogade en referensbilaga till sitt anbud.

Bolaget har lämnat fem referenser på tidigare uppdrag av liknande karaktär helt i enlighet med uppställda krav (minst tre av fem referensuppdrag avser chefstjänster inom offentlig sektor, samtliga uppdrag är genomförda under de två senaste åren, referenserna avser de erbjudna konsulterna och konsulternas kompetens finns redovisade i bilagda CV, förfrågningsunderlagets referensbilaga har vidarebefordrats för ifyllande till respektive referent och en gedigen referenslista, bilaga 7 i anbudet, med kontaktuppgifter till samtliga referenspersoner har bilagts för det fall utsända referensblanketter inte skulle ha hunnit inkomma till den upphandlande enheten vid tiden för anbudsöppningen). Detta överensstämmer alltså helt med förfrågningsunderlagets angivna krav.

Kommunen har enligt utvärderingsprotokollet och anbuds-sammanställningen inte tagit del av eller öppnat den elektroniskt inlämnade referensbilagan. Kommunen har inte heller bett om att få ta del av bolagets lämnade kontaktuppgifter till referenter på annan väg för att säkerställa lämnade referensuppdrag – om orsaken till att man inte lyckats öppna bolagets anbud i alla delar är tekniska problem med det elektroniska upphandlingssystemet eller ovana vid teknik. Den upphandlande enheten har således felaktigt påstått att bolaget inte bilagt kontaktuppgifter till referenspersoner och att man därför inte har kunnat kontrollera referenserna genom en egen referenskontroll och på den grunden diskvalificerat bolagets anbud. Bolaget är ett mycket välrenommerat

rekryteringsföretag inriktat på kvalitetsrekryteringar, uppfyller samtliga uppställda skall-krav och har lämnat det prismässigt klart lägsta budet.

Nynäshamns kommun hävdar att man inte känt till att bolaget begärt överprövning av upphandlingsärendet och att således avtalsspärr ska gälla. Bolaget har meddelat Nynäshamns kommun via e-post redan den 20 september 2012 att företaget begärt överprövning av upphandlingsärendet och att kommunen därför inte haft rätt att gå vidare i processen och att teckna avtal med andra leverantörer. Nynäshamns kommun har brutit mot avtalsspärren oavsett om man hunnit få ett formellt meddelande från förvaltningsrätten eller ej.

Slutsatsen är att Nynäshamns kommun har felaktigt diskvalificerat bolagets anbud, vilket man också indirekt i sitt yttrande erkänner, och har därefter medvetet brutit mot avtalsspärren. De tecknade avtalen ska därför rivas upp och avtal ska tecknas med Capto HR AB som erbjöd det klart lägsta anbudet.

Kommunen anser att bolagets ansökan ska avvisas på den grunden att bolaget inkommit med ansökan om överprövning efter det att avtalsspärren har löpt ut.

Till stöd för sin talan anför kommunen bl.a. följande. Kommunen sände den 20 september 2012 ut tilldelningsmeddelandet per e-post varför sista dagen att ansöka om överprövning var den 1 oktober 2012. Denna dag lämnade bolaget in en ansökan om överprövning till förvaltningsrätten. Detta överklagande innehåller inte tillräcklig information för att uppnå kravet enligt 3 och 4 §§ förvaltningsprocesslagen (1971:291, FPL). Detta förstod bolaget och inkom den 4 oktober 2012 med en korrekt utformad ansökan om överprövning. Den korrekta ansökan inkom tre dagar försent och ska därför avvisas eftersom avtalsspärren löpt ut.

Enligt FPL ska en ansökan om överprövning göras skriftligen, ansökan ska vara undertecknad och innehålla den formalia som anges i 3 § FPL. Dessutom ska ansökan om överprövning enligt 4 § FPL innehålla uppgift om vad som yrkas samt de omständigheter som åberopas till stöd för yrkandet.

De formella delarna uppfyller bolaget i sin inlaga från den 1 oktober 2012 men däremot saknas helt både yrkande och omständigheter till stöd för yrkandet. Bolagets inlaga från den 1 oktober 2012 saknar nödvändig information för att bryta avtalsspärren enligt 16 kap. LOU. Bolaget har inte inkommit med en ansökan om överprövning gällande upphandlingen innan avtalsspärren hunnit löpa ut.

Prövningen av inkomna anbud har skett enligt den modell som är beskriven i förfrågningsunderlaget. Vid genomgång av Capto HR AB:s anbud fanns endast två inkomna referenser som båda avsåg referenser från Region Gotland. Bilaga 7 som Capto HR AB hänvisar till har vi tyvärr inte observerat. Samtliga övriga anbudslämnare hade tillräckligt antal inlämnade referensbilagor där minst tre av referenserna avsåg chefstjänster inom offentlig verksamhet.

DOMSKÄL

Efter att avtal ingåtts och bolaget har justerat sin talan har förvaltningsrätten i målet att pröva om bolagets ansökan om ogiltighet ska bifallas. I 16 kap. 13 § LOU stadgas följande angående en sådan talan.

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 §, eller

2. enligt ett förfarande i 5 kap. 7 § utan att de villkor har följts som framgår av den paragrafen eller av det ramavtal som ligger till grund för det nya anbudsförfarandet och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Har avtal slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr?

Det är i målet numera ostridigt att avtalsspärr rådde t.o.m. den 1 oktober 2012 och att en skrift från bolaget gavs in till förvaltningsrätten samma dag. Kommunen har emellertid ifrågasatt att den ingivna skriften till sin utformning var tillräcklig för att utgöra en sådan ansökan som medför att förlängd avtalsspärr inträtt.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Konstateras kan att det av 16 kap. LOU inte framgår några formkrav på hur en ansökan om överprövning eller ogiltighet ska vara utformad. Inte heller kan det, såsom kommunen hävdar, anses följa av FPL att en ansökan som saknar yrkanden och omständigheter omedelbart ska avvisas. Av 5 § FPL följer även att en avvisning på grund av en ofullständig ansökan eller brister i formalia enligt 3 § FPL inte får beslutas utan att parten först förelagts att avhjälpa bristen inom viss tid och upplysts om att hans talan annars inte blir prövad om han underlåter att efterkomma föreläggandet (se t.ex. Bertil Wennergren, Förvaltningsprocesslagen m.m. 2005, femte upplagan, s. 118). Den skrift som bolaget gav in till förvaltningsrätten den 1 oktober 2012 får således anses ha anhängiggjort ett mål om överprövning

enligt LOU. Att bolaget senare kompletterat sin talan utgör inte något hinder för en sakprövning. Kommunens yrkande om att bolagets ansökan ska avvisas ska således avslås. Det sagda medför även att förvaltningsrätten finner att en förlängd avtalsspärr inträtt och att de av kommunen ingångna avtalen har ingåtts i strid med avtalsspärren.

Har de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU överträtts?

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. skall-krav, inte får beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet. Den upphandlande myndigheten får inte heller ändra eller frånfalla uppställda krav, eftersom förfarandet då skulle bryta mot likabehandlingsprincipen och principen om öppet förfarande.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande under "Krav 3.3".

Anbudsgivaren skall utse fem referenser från tidigare uppdrag av liknande karaktär och de skall ha genomförts under de senaste två åren. Minst tre av referenserna skall avse chefstjänster inom offentlig verksamhet. Referenserna som lämnas skall avse de konsulter som kommunen kommer att samarbeta med och som anbudslämnaren presenterar i CV. Anbudsgivaren skall vidarebefordra Bilaga 2, Referensformulär från detta förfrågningsunderlag till sina utsedda referenser. Referenterna skall i sin tur fylla i formuläret och före sista datum för anbudsinslämning (2012-08-27), skicka sitt utlåtande till Nynäshamns kommun antingen per e-post eller till upphandling@nynashamn.se eller med vanlig post.

Nynäshamns kommun
Upphandling
149 81 Nynäshamn

I fall att något referensbrev skulle saknas till ett anbud vid anbudsöppnandet, så kommer Nynäshamns kommun att kontakta referenspersonen i fråga för att säkerställa att brev skickats. Nynäshamns kommun förbehåller sig också rätten att ringa och ställa följdfrågor kopplade till det som är skrivet. Ange därför kontaktuppgifter till utsedda referenser i anbudet.

Bolaget har i målet gjort gällande att deras anbud uppfyller kravet på referenser och har till förvaltningsrätten gett in en bilaga som bolaget hävdar gavs in i samband med avgivandet av anbudet. Bilagan innehåller sju namngivna referenspersoner uppdelade på fem områden. Kommunen har å sin sida rörande denna fråga uppgett att man tyvärr inte observerat bolagets bilaga.

Förvaltningsrätten finner att, utifrån vad som framkommit i målet, har bolaget visat att det har utsett minst fem referenser från tidigare uppdrag i enlighet med det uppställda kravet i samband med avgivandet av sitt anbud. Med hänsyn till utformning av det aktuella skall-kravet, däri bl.a. anges att kommunen kommer att kontakta referenspersonen i fall att något referensbrev skulle saknas vid anbudsöppnandet, finner förvaltningsrätten att bolagets anbud uppfyllt uppställt skall-krav. Därmed har bolaget felaktigt uteslutits från utvärderingen.

Har bolaget lidit eller kan komma att lida skada?

Bolaget har bl.a. anfört att det har lämnat det prismässigt klart lägsta budet. Kommunen har inte gjort någon invändning i denna del. Förvaltningsrätten finner därför att bolaget får anses ha visat att det lidit skada.

Slutsats

Mot bakgrund av att förvaltningsrätten ovan har funnit att avtals ingåtts i strid med avtalsspärr, att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU har överträtts och att bolaget lidit skada samt då något tvingande hänsyn till ett allmänintresse för att ändå låta avtalen bestå har inte åberopats av kommunen eller på annat sätt framkommit, ska bolagets ansökan om ingripande enligt LOU bifallas och avtalen mellan Nynäshamns kommun och Arenius Schröder & Besterman Rekryteringstjänster och Ledarutveckling AB, HRM Affärsutveckling i

Stockholm AB respektive Poolia Sverige Aktiebolag avseende rekryteringstjänster (2011/250) ska förklaras ogiltiga enligt LOU.

Bolaget har även yrkat att avtal ska tecknas med bolaget, d.v.s. att tilldelningsbeslutet ska rättas på visst sätt. Det saknas emellertid förutsättningar för förvaltningsrätten att förordna om sådan rättelse i detta sammanhang (se t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 13 december 2011 i mål nr 6035-11). Yrkandet härom ska därför avslås.

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

Mikaela Neijd
förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Elin Vidlund.



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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. 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.

DV 3109/1A LOU