



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen
Enhet 14

DOM
2015-03-27
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
29587-14

SÖKANDE

People Productions Sweden AB

Ombud: Advokat Mats Österholm
Advokatfirman Stockholm Law & Litigation Kommanditbolag
Skeppsbron 28
111 30 Stockholm

MOTPARTER

1. Nacka kommun
131 81 Nacka

2. VRE Education AB
Kungstensgatan 6
114 25 Stockholm

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller People Productions Sweden AB:s ansökan och förklarar att det avtal avseende leverans av personaluthyrningstjänster, som ingåtts den 9 juni 2014, mellan Nacka kommun och VRE Education AB är ogiltigt.

Dok.Id 578313

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 08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Nacka kommun (kommunen) har efter att ha genomfört en upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) ingått ett ramavtal med VRE Education AB (VRE Education) den 4 september 2012 avseende personaluthyrningstjänster av gymnasielärare, grundskollärare, förskollärare, barnskötare och fritidspedagoger. Kommunen har härefter den 9 juni 2014 kompletterat avtalet med priser för obehörig personal.

People Productions Sweden AB (People Productions) yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att det avtal avseende obehörig pedagogisk personal som ingåtts den 9 juni 2014 mellan kommunen och VRE Education ska ogiltigförklaras. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Kommunen har i september 2012 tecknat ett avtal med VRE Education om uthyrning av behörig personal, enligt vilket VRE Education ska tillhandahålla pedagogisk personal till ett avtalat timpris för respektive lärarkategori. I en s.k. optionsklausul angavs att tillkommande personalkategorier ska kunna diskuteras. En sådan klausul innebär inte att det vid den tidpunkten förelåg en gemensam partsvilja att VRE Education skulle tillhandahålla obehörig personal, än mindre hade något pris för sådan obehörig personal överenskommit mellan parterna. Tvärtom visar ordalydelsen av denna klausul att det inte förelåg någon överenskommelse vid det upphandlade avtalets tillkomst om vilka dessa ”tillkommande personalkategorier” skulle vara eller vilka priser och andra villkor som skulle gälla för dem. Optionsklausulen innebär således inte att det i september 2012 förelåg något avtal mellan parterna om tillhandahållande av obehörig personal.

Efter det att People Productions den 23 maj 2014 uppmärksammat kommunen på att 99 procent av det som VRE Education levererat under det

upphandlade avtalet varit obehörig personal har kommunen kallat VRE Education till ett möte för att diskutera den låga uppfyllandegraden i avtalet. Detta möte resulterade i att parterna kom överens om att VRE Education skulle leverera även obehörig personal. Efter en prisförhandling slöts avtal mellan parterna den 9 juni 2014 enligt nedan.

- | | |
|-------------|---|
| 23 maj 2014 | People Productions informerar kommunen om att 99 procent av vad VRE Education levererat utgjort obehörig personal som inte omfattas av det upphandlade avtalet. |
| 27 maj 2014 | Kommunen kallar VRE Education till ett möte med anledning av bolagets låga avtalsuppfyllnad. |
| 5 juni 2014 | Kommunen och VRE Education har ett möte där det överenskoms att bolaget ska fortsätta leverera obehörig personal till kommunen (anbudsförfrågan). |
| 5 juni 2014 | VRE Education översänder efter mötet en prislista för upphandlade kategorier och tillkomna yrkeskategorier (anbud). |
| 9 juni 2014 | Kommunen invänder mot att VRE Education i den översända prislistan tar 50 procent mer betalt för obehörig än för behörig fritidspersonal och vill ha en prisreducering för denna personalkategori (förkastande av anbud alternativt oren accept). |
| 9 juni 2014 | VRE Education översänder en ny prislista, där priset för obehörig fritidspersonal reducerats med 2,2 procent jämfört med det tidigare översända förslaget (nytt anbud). |
| 9 juni 2014 | Kommunen accepterar den nya prislistan och lägger in prislistan för obehörig personal i sin elektroniska avtalsdatabas på www.e-avrop.com (accept). |

Ett avtal anses ingånget när det föreligger överensstämmelse mellan två eller flera parter. Ett anbud som följs av en accept innebär att ett avtal har

ingåtts även om detta inte har dokumenterats på annat sätt än i exempelvis en prisbilaga. Det finns inga särskilda formkrav för det avtal som nu är föremål för rättens prövning. Kommunen har ingått avtalet om obehörig personal utan att annonsera upphandlingen på det sätt som föreskrivs i LOU. Upphandlingen har inte annonserats i enlighet med 7 kap. 1 § LOU. Det föreligger inga undantag från annonseringsskyldigheten.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Det finns bara ett upphandlingspliktigt avtal, vilket undertecknades av parterna den 29 augusti respektive den 4 september 2012. Detta avtal föregicks av en upphandling i enlighet med LOU. Under rubriken ”Option” i detta avtal har angetts att tillkommande yrkeskategorier ska kunna diskuteras under avtalstiden. Då det har visat sig finnas ett behov av att avropa även obehöriga lärare, har kommunen utnyttjat optionen och kompletterat avtalet med priser för obehöriga lärare. Prislistan, som upprättades den 9 juni 2014, innebär således utnyttjandet av en option i avtalet ingånget den 4 september 2012. Eftersom det gått mer än sex månader från det att nyss nämnda avtal tecknades och ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten är People Productions talan preskriberad.

Även om förvaltningsrätten skulle anse att kommunen, genom överenskommelsen den 9 juni 2014 om priser också för obehörig personal, genomfört en otillåten direktupphandling ska People Productions talan avslås eftersom bolaget åberopat fel grund för sin talan. Grunden för yrkandet att avtalet ska ogiltigförklaras är att upphandlingen inte annonserats i enlighet med 7 kap. 1 § LOU. Det rör sig dock om köp av B-tjänster, varför rätt grund i så fall ska vara att avtalet strider mot annonseringsplikten i 15 kap. 4 § LOU. People Productions får inte ändra sin talan och åberopa annan grund inom ramen för detta mål. I vart fall ska preskriptionstiden räknas från datumet när rätt grund åberopas med följden att talan är preskriberad, eftersom mer än sex månader har förflutit sedan avtalet ingicks.

Kommunen har annonserat och genomfört upphandlingen som ett förenklat förfarande och har ingått avtal med VRE Education. I det ingångna avtalet anges att med personaluthyrningstjänster avses ett affärsmässigt och rättsligt förhållande mellan leverantören och beställaren i vilket leverantören mot ersättning ställer egen anställd personal, och underentreprenör som godkänts av beställaren, till beställarens förfogande för att utföra arbete som hör till beställarens verksamhet. Upphandlingen är i första hand baserad på behöriga yrkeskategorier, men eftersom möjligheten att få tillgång tillfälligt till behöriga grundskolelärare, förskollärare och fritidspedagoger i princip är obefintlig oavsett vilket bemanningsföretag det gäller så har ovanstående formulering i avtalet öppnat för att i samråd med beställaren leverera den kunskap och kompetens som krävs för uppdraget även om behörighet saknas.

Situationen har också förändrats under avtalstiden och tillgången till behöriga lärare har minskat ytterligare. Dessutom har ansökningarna till lärarutbildning minskat kraftigt de senaste åren varför tillgången har begränsats än mer. För att kunna erbjuda utbildning och kompetens inom ramen för avtalet måste kommunen därför acceptera att behöriga lärare inte kan erbjudas mer än i undantagsfall. Alternativet är att verksamhet och utbildningar får läggas ned, vilket är omöjligt då det är ett allmänintresse att kommuner som har skyldighet att tillhandahålla undervisning på alla nivåer, kan leverera den utbildning eleverna har rätt till även under rådande omständigheter avseende brist på erforderliga yrkeskategorier. Inom grundskolan finns dessutom en lagstadgad skyldighet att kunna erbjuda lärarledd utbildning. Omständigheterna är enligt kommunen sådana att undantaget i LOU om synnerliga skäl och allmänintresse är uppfyllda då detta inte kunnat förutses när upphandlingen 2012 genomfördes utan är en händelse utanför kommunens kontroll.

VRE Education, som beretts tillfälle att yttra sig i målet har anfört bl.a. följande. Det finns inget avtal tecknat i juni 2014 mellan kommunen och VRE Education. Kommunen genomförde en upphandling under våren 2012 och i september samma år tecknades ett avtal mellan kommunen och VRE Education, i vilket det finns en option som kommunen har använt sig av. Detta avtal från september 2012 är uppsagt av kommunen från och med den 30 november 2015.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Av 5 kap. 2 § andra stycket LOU följer att parterna vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal inte får väsentligt avvika från villkoren i ramavtalet.

Enligt 16 kap. 13 § första stycket LOU ska rätten besluta att ett avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt bl.a. om avtalet slutits utan förgående annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU. För ogiltighet krävs i detta fall inte att den leverantör som ansökt om överprövning ska ha lidit eller riskerat att lida skada.

Av 16 kap. 14 § LOU framgår att om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

I 16 kap. 17 § LOU anges följande. En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

Ansökan ska dock ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 7 kap. 3 § eller ett meddelande enligt 15 kap. 21 §, eller
2. den upphandlande myndigheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 9 kap. 10 §.

Förvaltningsrättens bedömning

Av utredningen i målet framgår att kommunen och VRE Education den 4 september 2012 har ingått ett ramavtal som omfattar leverans av personaluthyrningstjänster avseende gymnasielärare, grundskollärare, förskollärare, barnskötare och fritidspedagoger. Vidare har i målet framkommit att ramavtalet den 9 juni 2014 har kompletterats med priser för obehörig personal. Förvaltningsrätten har inledningsvis att ta ställning till om kommunen härigenom får anses ha genomfört en ny kontraktstilldelning, vilken borde ha upphandlats enligt något av LOU:s förfaranden. Förvaltningsrätten gör i denna fråga följande bedömning.

Enligt vad kommunen har anfört i målet var det ursprungligen ingångna ramavtalet i första hand avsett att omfatta behörig personal. Förvaltningsrätten anser därför att kommunen genom att komplettera avtalet med priser för obehörig personal har lagt till nya villkor i förhållande till vad som gällde enligt det ursprungligen ingångna ramavtalet. Om väsentliga förändringar görs i ett upphandlat kontrakt kan detta medföra att upphandlingsreglerna blir tillämpliga (jfr EU-domstolens dom i mål C-337/98 Kommissionen mot Frankrike). Detta innebär att om ett upphandlingskontrakt ändras för mycket i förhållande till de ursprungliga villkoren så har den upphandlande myndigheten tilldelat ett nytt kontrakt med nya villkor. Enligt EU-domstolens praxis anses en ändring i ett befintligt kontrakt vara väsentlig bl.a. om den medför att kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utsträcks så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs (jfr EU-domstolens dom i mål C- 454/06 Presstext).

Enligt förvaltningsrättens mening har kommunen, genom att lägga till prisuppgifter för personalkategorier som tidigare inte uttryckligen omfattats av ramavtalet, utvidgat ramavtalets tillämpningsområde på sådant sätt att en väsentlig förändring av ramavtalet har skett. Förvaltningsrätten anser där-

för att kommunen genom att införa kompletterande priser till ramavtalet avseende nya personalkategorier har genomfört en ny kontraktstilldelning. Vad kommunen anfört om att det i ramavalet funnits en option att diskutera uthyrning av även tillkommande kategorier förändrar inte denna bedömning, eftersom det sätt som optionen kommit att tillämpas på får anses strida mot grundläggande principer om öppenhet i förfarandet. Förvaltningsrätten anser således att kommunen den 9 juni 2014, genom det sätt som kommunen då tillämpat optionsklausulen i ramavtalet, har ingått ett nytt avtal. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att People Productions ansökan om överprövning, som inkom till förvaltningsrätten den 4 december 2012, har inkommit inom den tid som föreskrivs i 16 kap. 17 § första stycket LOU och att bolagets talan således ska prövas.

People Productions har till stöd för sin ogiltighetstalan anfört att kommunen har genomfört en otillåten direktupphandling då upphandlingen av obehörig personal inte har annonserats i enlighet med 7 kap. 1 § LOU. Kommunen har gjort gällande att People Productions talan ska avslås även om förvaltningsrätten skulle anse att kommunen genomfört en otillåten direktupphandling; detta då bolaget enligt kommunen åberopat fel grund för sin talan. Kommunen menar att det rör det sig om köp av B-tjänster och att rätt grund ska vara att avtalet strider mot annonseringsplikten i 15 kap. 4 § LOU.

Förvaltningsrätten anser sig vid prövningen av målet inte vara bunden av de bestämmelser som åberopats i ansökan om överprövning, utan bedömer att även andra bestämmelser kan läggas till grund för avgörandet, så länge dessa kan tillämpas på de faktiska omständigheter som har anförts till stöd för ansökan (jfr Asplund m.fl., Överprövning av upphandling - och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, Jure Förlag AB, 2012, s. 283). Förvaltningsrätten har därför att pröva om kommunen genomfört en otillåten di-

rektupphandling oavsett om det lagrum som People Productions åberopat till stöd för sin talan är tillämpligt eller inte.

Det har i målet inte framkommit annat än att den nya kontraktstilldelning som har skett, genom att kompletterande prisuppgifter den 9 juni 2014 tillförts ramavtalet, har genomförts utan föregående annonsering. Vid sådant förhållande har förvaltningsrätten att pröva om kommunen haft rätt att göra en direktupphandling. Förvaltningsrätten konstaterar i denna del att direktupphandling är ett undantagsförfarande enligt LOU och att undantagsbestämmelserna ska tolkas restriktivt. Det är den som åberopar undantaget från upphandlingsplikten som har bevisbördan för att förutsättningar för detta finns (jfr EU-domstolens dom C-328/92 Kommissionen mot Spanien).

Av 15 kap. 3 § andra stycket LOU framgår att direktupphandling får tillämpas i tre alternativa situationer; då kontraktsvärdet understiger 28 procent av tröskelvärdet, om förutsättningarna enligt 4 kap. 5-9 §§ LOU är uppfyllda samt om det föreligger synnerliga skäl. Förvaltningsrätten finner inte att det i målet framkommit att det förelegat sådana förutsättningar som avses i 4 kap. 5-9 §§ LOU. Inte heller har det gjorts gällande att kontraktsvärdet understiger 28 procent av gällande tröskelvärde. Fråga är då om kommunen visat att den haft synnerliga skäl för att genomföra upphandlingen som en direktupphandling.

Enligt kommunen är omständigheterna sådana att undantaget i LOU om synnerliga skäl och allmänintresse är uppfyllda. Kommunen har till stöd härför anfört att det finns en brist på erforderliga yrkeskategorier samt hänvisat till den lagstadgade skyldigheten att erbjuda lärarledd utbildning. Förvaltningsrätten anser dock att den påtalade bristen på behörig personal är något som kommunen bör ha känt till sedan tidigare, varför detta förhållande inte kan utgöra grund för att genomföra upphandlingen som en di-

rektupphandling (jfr Kammarrätten i Jönköpings avgörande den 28 september 2012 i mål nr 1178-12). Det är inte heller tillräckligt för en upphandlande myndighet att hänvisa till sina skyldigheter enligt annan lagstiftning för att en direktupphandling ska anses motiverad (se Kammarrätten i Göteborgs avgörande den 15 november 2010 i mål nr 784-10). Förvaltningsrätten finner sammantaget att kommunen inte har förmått visa att det funnits skäl att genomföra upphandlingen som en direktupphandling.

Kommunen har således, enligt förvaltningsrättens mening, inte visat att det funnits skäl för att underlåta annonsering. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund härav att det pristillägg som tillförts ramavtalet den 9 juni 2014 utgör en otillåten direktupphandling samt att det föreligger förutsättningar att, med stöd av 16 kap. 13 § första stycket LOU, ogiltigförklara det avtal som därmed får anses ha ingåtts. Det har enligt förvaltningsrättens mening inte framkommit att omständigheterna är sådana att det, med hänsyn till ett tvingande allmänintresse, finns skäl att låta avtalet bestå med stöd av 16 kap. 14 § LOU (jfr Kammarrätten i Sundsvalls avgörande den 7 juli i mål nr 522-14). Förvaltningsrätten finner därför att det i målet aktuella avtalet mellan kommunen och VRE Education ska ogiltigförklaras.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Ulrika Melin

Rådman

Carina Westin har varit föredragande.



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 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.