



KLAGANDE
Hallsbergs kommun
694 80 Hallsberg

MOTPART
Renova Care AB, 556645-9870

Ombud: Advokat David Lindberg
Hamilton Advokatbyrå Karlstad AB
Box 606
651 13 Karlstad

KONKURRENSVERKET	
2017 -02- 0 2	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 8 november 2016
i mål nr 4126-16

SAKEN
Överprövning av offentlig upphandling; fråga om prövningstillstånd

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar inte prövningstillstånd. Förvaltningsrättens avgörande står därför fast.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

För att kammarrätten ska pröva överklagandet krävs prövningstillstånd.

Prövningstillstånd ska meddelas om

- det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till (ändringsfall),

KONKURRENSVERKET
Dok.Id 378794 UPPHANDL. ENHETEN FÖR KAMMARRÄTTEN

Postadress
Box 1531
401 50 Göteborg

Besöksadress
Stora Nygatan 21

Telefon
031-732 74 00
E-post: kammarratten.goteborg@dom.se
www.kammarratten.goteborg.se

Telefax
031-732 76 00

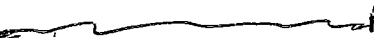
Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

- det inte går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till utan att prövningstillstånd meddelas (granskningsfall),
- det är viktigt för ledningen av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt (prejudikatfall)
eller
- det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet (extraordinära fall).

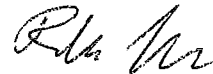
Detta framgår av 34 a § andra stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291).

Kammarrätten har gått igenom allt material som finns i målet och kommit fram till att prövningstillstånd inte ska meddelas. Överklagandet kommer därför inte att prövas av kammarrätten.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (formulär 9).



Niclas Falkendal



Rebecka Isaksson
referent



Bilaga A

SÖKANDE

Renova Care AB, 556645-9870
Nygatan 15
702 11 Örebro

Ombud: Advokat David Lindberg
Hamilton Advokatbyrå Karlstad AB
Bankliden 3
691 32 Karlskoga

MOTPART

Hallsbergs kommun
694 80 Hallsberg

SAKEN

Offentlig upphandling

AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller överklagandet och förordnar om rättelse på så sätt att Hallsbrgs kommun ska göra en ny utvärdering i vilken Renova Cares AB:s anbud ska ingå.

BAKGRUND

Hallsbergs kommun har genomfört en upphandling benämnd "Bemannings-tjänster sjuksköterskor". Upphandlingen avser ett ramavtal. Anbud ingavs av bland annat Renova Care AB (Renova). Kommunen, som uteslöt Renovas anbud från utvärderingen, antog enligt tilldelningsbeslut sju andra leverantörer.

PARTERNAS TALAN

Renova ansöker om överprövning och rättelse på så sätt att Renovas anbud ska utvärderas samt anför bland annat följande. Renova har uteslutits vid prövning av kraven i upphandlingen under åberopande av att Renova skulle ha lämnat en oren accept. Det som därvid anförts till stöd för uteslutning anges under femte stycket i punkten 4.1; "Anbudslämnare 10 har lämnat oren accept i anbudet gällande kravet under punkt 3.15 "Användning av personal". Kravet i fråga lyder: "Under avtalstiden får inte leverantören eller dennes personal aktivt bearbeta beställarens anställda i syfte att överta personal till sin verksamhet". Under punkt 2.2.5 i förfrågningsunderlaget har anbudslämnaren svarat "Vi rekryterar via den personal som finns i Renova Care som tipsar om kollegor som kan vara intresserade att arbeta för Renova Care..." Avseende punkten 3.15 kan inledningsvis anföras att detta avser de kommersiella villkoren, alltså de villkor som ska gälla efter avtalstecknande, och där Renova under punkten 3.32 angett att man accepterar de kommersiella villkoren. Renova har således åtagit sig att uppfylla kravet och någon oren accept föreligger inte. Kvarstår gör därmed kommunens koppling mellan den information som lämnats i anbudet under punkten 2.2.5 "Kvalitetsledningssystem och förbudet mot rekrytering". Av det svar som Renova lämnat under denna punkt framgår överhuvudtaget inget som skulle ge stöd för kommunens uppfattning. Därvid ska speciellt poängteras att Renova under punkten redogör för ett stort antal rekryteringsvägar varav tips från

deras anställda är en enskild del. Hur Renova under avtalstiden skulle aktivt bearbeta beställarens anställda i syfte att överta personal till sin verksamhet är förbryllande och helt oförståeligt. Renova anger som exempel att rekrytering sker via annonsering, via Arbetsförmedlingens rekryteringstjänster och via annonserade "öppethusträffar" på Renova.

Hallsbergs kommun motsätter sig bifall till Renovas ansökan och anför bland annat följande. Bakgrunden till skall-kravet är att personal från bemanningsföretag, medan man varit uthyrd till kommunen, återkommande försökt att rekrytera kommunens anställda genom att berätta hur mycket bättre bemanningsföretagen är och hur mycket mer lön man får hos dessa, förmedlat kontakt etc. Som troligt resultat av detta har kommunen förlorat en del personal till bemanningsföretag. Denna brist på personal är också en anledning till att kommunen tvingats upphandla tjänsten. Minst två av kommunens tidigare anställda har också gått till Renova. Kravet är dock inte riktat mot någon speciell anbudslämnare utan är ett skall-krav som gäller alla anbudslämnare. Skall-kravet har således stor tyngd i beställarens kravställning. Renova har i sitt anbud anfört följande under punkt 2.2.4 (Anbudsgivarens förmåga och kapacitet). "Vi rekryterar via den personal som finns i Renova Care som tipsar om kollegor som kan vara intresserade av att arbeta för Renova Care...". Samma stycke och formulering återkommer också under 2.2.5, "Kvalitetsledningssystem". Med kollegor kan man inte gärna åsyfta andra än kollegor hos de uppdragsgivare man är inhyrd hos. Kollegor inom det egna bolaget är inte gärna aktuella för rekrytering då de redan jobbar åt bolaget. Av de sju punkter som här beskrivs av Renova rör punkt 1 "omvärldsanalys" och punkt 2 "egen databas över befintliga konsulter". Punkt 4 och 5 kan anses vara helt ordinära kanaler för rekrytering som inte på något sätt utmärker sig. Punkt 6 och 7 gäller annonserade träffar typ "öppet hus" samt annonsering mot nyutbildade sköterskor. Renova framhåller också att deras rekryteringsprocess är "en noggrant reglerad rekryteringsprocess" samt att den "är väl utarbetad och använd under många år...".

Av Renovas beskrivning menar kommunen att det framgår att tipsandet om "kollegor" framstår som en viktig del i bolagets rekryterings strategi. Renova kan inte ha undgått skall-kravet under 3.15 och med beaktande av det framstår det som märkligt att Renova likväl har med skrivningen i fråga, två gånger dessutom. Kommunen kan inte tolka detta som något annat än ett förbehåll från Renovas sida gällande kravet i fråga, ett förbehåll som resulterar i oren accept varpå kommunen, utifrån rådande upphandlingsrättslig praxis och likabehandlingsprincipen ser sig tvingad att diskvalificera anbudet. Gällande generell accept av de kommersiella villkoren, på det sätt som Renova gjort under punkt 3.32 och som bolaget i sin talan lutar sig mot, uttalar sig Kammarrätten i Göteborg i mål nr 6690-11 och 6691-11 att en uppgift om att samtliga krav accepteras inte är tillräckligt när det finns andra uppgifter i anbudet som kan bedömas inte uppfylla kraven. Liknande uttalanden görs av Kammarrätten i Göteborg i mål nr 4660-10 och 661-13. När det gäller ett förbehåll/oren accept i ett anbud måste det anses ovidkommande om skall-kravet i fråga gäller utvärderingsfasen eller är ett kontraktsvillkor. Enligt kommunen skulle detta bli ett uppenbart problem om Renova tilldelats kontrakt och det sedan under avtalsperioden visar sig att Renova faktiskt bearbetar kommunens personal i syfte att rekrytera. Renova skulle då, högst troligt, med framgång kunna hävda att kommunen borde varit medvetna om Renovas strategi med hänvisning till vad bolaget angett i sitt anbud.

Renova tillägger bland annat följande. Renova har accepterat det nu aktuella villkoret och de uppgifter i anbudet rörande organisationen utgör inte uppgifter som strider mot de villkor som accepterats under punkten 3.32, vilket krävs för att det ska tolkas som en oren accept. Vad gäller tolkning av anbudsvillkor torde det också alltid vara den som avgett en uppgift som har tolkningsföreträde såvida det inte uppenbart förhåller sig på annat sätt. De avgöranden från Kammarrätten i Göteborg kommunen hänvisar till avser anbud där tydliga avsteg gjorts från ett accepterat obligatoriskt krav. Så är

inte fallet nu. Renova har redogjort för ett antal av sina rekryteringsvägar av vilka ett är tips från egna anställda, vilket är ett normalt förfarande i många verksamheter där anställda ger information rörande bekanta eller andra som visat intresse för att byta tjänst eller bara få information om verksamheten. De nu aktuella uppgifterna som lämnats medför dock inte att Renova eller dess personal under avtalstiden kommer att aktivt bearbeta beställarens anställda i syfte att överta personalen till sin verksamhet, vilket är avtalsvillkoret. Den lämnade informationen är inte ett utlopp för hur Renova skulle hantera ett avtalsförhållande med Hallsbergs kommun utan enbart som information rörande hur anbudsgivaren i stort hanterar sin rekrytering för att kunna tillgodose beställarens behov av resurser inom det nu aktuella ramavtalet. Renova har istället tydligt angett att man accepterar de kommersiella villkoren av vilka rekryteringsförbudet är en del och det finns inget i de nu aktuella uppgifterna som kan medföra att accepten skulle bedömas på annat sätt än som en ren accept. Ett sådant förfarande vore orimligt. Vad gäller påståendet att tipsandet om kollegor framstår som en viktig del i bolagets rekryteringsprocess bör det noteras att Renovas verksamhet täcker ett större geografiskt område med ett antal anställda och dess personal stöter därigenom på ett stort antal människor som de samtalar med i det dagliga jobbet och där intresse för Renovas verksamhet kan uppstå. Detta har dock enbart bäring på anbudsgivarens möjlighet att erbjuda resurser till beställaren och är inte ett motsatsförhållande till rekryteringsförbudet i upphandlingen. Därtill anges ett flertal rekryteringsvägar som är Renovas primära varav annonsering och informationsträffar är några. Det är beklagligt att kommunen förlorat personal till bemanningsföretag men man bör vara ytterst försiktig med att ange orsakerna till detsamma då det ändå är enskilda individer med en egen vilja och drivkraft som fattat beslutet att lämna kommunen. Renova har inte heller på senare tid varit en uppdragstagare till Hallsbergs kommun, varför den nu aktuella personalbristen inte i någon del kan hänföras till Renova.

Hallsbergs kommun tillägger följande. Det är endast Renova som gjort förbehållet i fråga och hade motsvarande förbehåll funnits i andra anbud hade kommunen, på samma grund, uteslutit även dessa. Renovas formulering talar inte om "bekanta eller andra". Kommunens slutsats är att det bara kan röra sig om kollegor hos uppdragsgivare till vilken personal är uthyrd då kollegor inom Renova redan har sin anställning där. Kommunen vidhåller även sina farhågor att det kan bli uppenbara problem under ett kontraktsförhållande om Renovas personal, i strid mot skalkravet likväl börjar bearbeta kommunens personal i syfte att rekrytera. Renova skulle troligen med framgång kunna hävda att kommunen informerats om Renovas tillvägagångssätt i dess anbud och i och med godkännande av anbudet även accepterat formuleringen i anbudet.

SKÄL FÖR AVGÖRANDET

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör 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.

Enligt nämnda bestämmelse i 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Upphandlingen gäller bemanningstjänster för sjuksköterskor. Hallsbergs kommun har uteslutit Renovas anbud med hänvisning till att anbudet inte uppfyllt det skall-krav som uppställts under punkten 3.15 "Användning av personal" och som lyder "Under avtalstiden får inte leverantören eller dennes personal aktivt bearbeta beställarens anställda i syfte att överta personal till sin verksamhet". Renova har i sitt anbud angett att man uppfyller de kommersiella villkoren och i sitt anbud redogjort för de rekryteringsvägar bolaget använder sig av bland annat att rekrytering sker via den personal som finns i Renova som tipsar om kollegor som kan vara intresserade att arbeta för Renova. Detta förefaller inte vara ett onormalt förfarande bland många andra och att det skulle innebära ett "aktivt" bearbetande av beställarens anställda kan enligt förvaltningsrättens mening inte utläsas av Renovas anbud. Förvaltningsrätten anser att Renovas i detta avseende inte lämnat en s.k. oren accept varför Hallsbergs kommun inte har haft fog för att utesluta Renovas anbud. Renova har genom att dess anbud uteslutits lidit eller kan komma att lida skada. Det föreligger därmed förutsättningar för ingripande enligt LOU.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Denna dom kan överklagas.

Hur man överklagar, se bilaga (DV 3109/1B, LOU).



Hans-Erik Jonasson

f.d. lagman

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.

