



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2017-06-16
Meddelad i Malmö

Mål nr
2141-17
2688-17
2689-17
2690-17

Sida 1 (9)

SÖKANDE

Veteranklubben AB, 556897-2524
Svenstorpsvägen 99
266 98 Hjärnarp

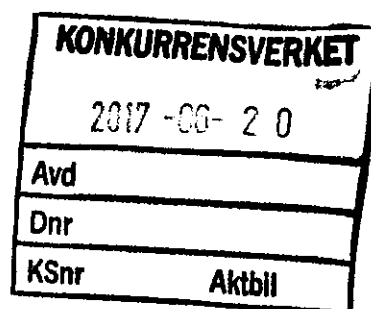
MOTPARTER

1. Simrishamns kommun
272 80 Simrishamn

2. Sjöbo kommun
275 80 Sjöbo

3. Ystads kommun
Nya Rådhuset
271 80 Ystad

4. Tomelilla kommun
Gustafs torg 16
273 80 Tomelilla



SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Veteranklubben AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 375023

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se
www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Simrishamns kommun, Sjöbo kommun, Ystads kommun och Tomelilla kommun (de upphandlande myndigheterna) genomför en samordnad upphandling av "Rekryteringstjänster 2016" (ref.nr. 16/10). Simrishamns kommun samordnar upphandlingen för övriga upphandlande myndigheter.

I upplysning om tilldelningsbeslut den 20 februari 2017 framgår att de upphandlande myndigheterna beslutat att teckna avtal med Expertis AB, Mercuri Urval AB och Veteranklubben AB i nämnd rangordning.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Veteranklubben AB (Veteranklubben) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse på så sätt att en ny utvärdering genomförs, varvid Veteranklubben ska erhålla full poäng (30) vid poängsättning av konsult/er (1.5.1.5).

Som grund för sin talan anför Veteranklubben bl.a. följande. Veteranklubben erhöll vid utvärderingen 10 poäng avseende poängsättning av konsulter. Skälet till att inte utdela full poäng var att de upphandlande myndigheterna i sitt utvärderingsprotokoll bara utvärderat en konsult eftersom de hävdar att konsult nr 2 vid anbudstillfället inte vara anställd av Veteranklubben. Den 15 december 2016 ställde de upphandlande myndigheterna följande fråga till Veteranklubben: *"Vi har under utvärderingen av ert anbud i upphandling av ramavtal för rekryteringstjänster fått in uppgifter från Skatteverket där det framgår att ni inte betalat arbetsgivaravgifter de senaste månaderna. Vi skulle vilja att ni ger ett förtydligande kring varför ni inte betalat några arbetsgivaravgifter!"*

Den 15 december 2016 svarade Veteranklubben: "*Veteranklubben AB har alltid fullgjort sina åliggande avseende socialförsäkringsavgifter och skatt i Sverige. Veteranklubben bildades 2012 och har fram till sommaren varit ett fristående företag med egna avtal och uppdrag inom koncernbildningen Lejonet & Partners AB. Lejonet & Partners har sedan 2012 varit backoffice bolag till Affektor Utveckling AB, URC Nationellt Centrum, QSS samt Veteranklubben AB.*

Tekniskt innebär det att alla anställningar, löneutbetalningar, fakturor m.m. under åren gjorts gemensamt för bolagen i Lejonet & Partners AB (556784-6752) för att få en så effektiv administration för bolagen som möjligt. Den offererade organisationskonsulten Bengt Myhrman var och är VD i Veteranklubben, men var också VD i Affektor Utveckling och Lejonet och Partners AB. Han har under 2015-2016 verkat som rekryteringskonsult i Veteranklubben, men inte tagit ut någon lön från Veteranklubben AB. Christel Eriksson har däremot under 2016 fått lön från Lejonet & Partners AB. From 8 augusti 2016 har Veteranklubben avbrutit allt samarbete med Lejonet & Partners AB, alla arbetsgivaravgifter för våra konsulter redovisas efter detta datum i Veteranklubben.

I det fall att Veteranklubben får förtroendet att arbeta med rekryteringar i SÖSK kommer vi vid avtalsstart att anställa [REDACTED] och [REDACTED] som rekryteringskonsulter i Veteranklubben AB".

Frågan från de upphandlande myndigheterna handlade under utvärderingstiden om varför Veteranklubben inte hade betalat arbetsgivaravgifter de senaste månaderna (förfrågningsunderlagets punkt 1.3.2 Utbeslutning av anbudsgivare enligt 10 kap. 2-3 §§ LOU). De upphandlande myndigheterna accepterade då att det svar som Veteranklubben lämnade på frågan från ansvarig upphandlare.

Veteranklubben har i sitt anbud angett att Veteranklubben erbjuder två konsulter och bifogat deras CV. Detta borde ha föranlett 30 poäng men Veteranklubben tilldelades bara 10 poäng eftersom upphandlaren angående Veteranklubbens svar angående 1.3.2 läste in att Veteranklubben inte förfogar

över mer än en konsult, vilket är feltolkat. Veteranklubbens konsult [REDACTED] lever väl upp till 30 poängsnivån enligt förfrågningsunderlaget och borde ha utvärderats.

Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att de erbjudna konsulterna vid anbudstillfället ska ha en anställning i företaget som lämnade anbud. Det är ovidkommande var, om och hur Veteranklubbens konsulter får lön. Det finns inget krav i förfrågningsunderlaget på att erbjudna konsulter vid anbudstillfället ska vara anställda eller under företagets kontroll. De upphandlande myndigheterna anför att Veteranklubben i dagsläget eller vid anbuds-lämnandet inte har samarbete med Lejonet & Partners. [REDACTED] var fram till den 8 augusti 2016 VD för Lejonet & Partners AB, Veteranklubben AB och Affektor AB. Efter den 9 augusti 2016 var han ff. VD för Veteranklubben AB, Affektor AB (nytt namn Stockholm Personal, samma org. nr) samt Affektor AB. [REDACTED] lämnade den 8 augusti 2016 Lejonet & Partners AB men samarbetet framgår av lämnat CV för [REDACTED] samt inlämnad Businesscheck angiven den 15 december 2016 som svar till de upphandlande myndigheterna och av den kreditupplysning som tagits på Veteranklubben AB. Att det föreligger ett samarbete torde vara uppenbart.

Simrishamns kommun, som är samordnande myndighet för upphandlingen, bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. När Simrishamns kommun genomförde utvärderingen av anbuderna framkom att Veteranklubben inte har några anställda och inte hade betalat några arbetsgivaravgifter till Skatteverket. Kommunen begärde därför ett förtydligande avseende detta. Av svaret framgår att Veteranklubben har för avsikt att anställa konsulten [REDACTED] om man får förtroendet att utföra uppdraget. Simrishamns kommun anser dock att om inget annat anges så måste det vara de förhållanden som gällde vid anbuds-lämnandet som används vid utvärdering. Vid

det tillfället hade Veteranklubben inga anställda och man har inte heller hänvisat till extern kapacitet enligt rubrik 1.3.4 i förfrågningsunderlaget, varav framgår bl.a. följande.

Krav på registrering (underleverantör)

Om anbudsgivaren avser att anlita underleverantör för att genomföra vissa delar av uppdraget ska dessa anges i anbudet tillsammans med specificering av omfattning och karaktär.

Därför har Simrishamns kommun inte kunnat göra annat än att anta att [REDACTED] inte varit under företagets kontroll vid anbudslämnandet. Man har inte heller i anbudet på något sätt angivit att detta är en person som man har för avsikt att anställa, snarare verkar det enligt [REDACTED] CV som om hon redan är anställd då hon från 2015 haft titeln "Rekryteringsansvarig för Veteranklubben AB". [REDACTED] däremot är angiven som medlem i styrelsen och har därför räknats med vid utvärderingen. Detta har resulterat i att anbudet tilldelats 10/30 poäng för delen "konsulter" till skillnad från 30/30 poäng som är maxpoängen om man kan erbjuda två konsulter som uppfyller kraven på erfarenhet (se punkten 1.5.1.5 i förfrågningsunderlaget).

I svaret från Veteranklubben anges att [REDACTED] fått lön från Lejonet & Partners under 2016 och att Veteranklubben fr.o.m. den 8 augusti 2016 avbrutit allt samarbete med Lejonet & Partners AB och att alla arbetsgivaravgifter från detta datum redovisas i Veteranklubben AB. Kommunen har gjort kontroller och för perioden juli- december 2016 har inga arbetsgivaravgifter betalats från Veteranklubben. Om Veteranklubben använder ett externt företag för löneutbetalningar och liknande borde detta ha framgått enligt krav i punkt 1.3.4 i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten ska godta den utvärdering som gjorts av inkomna anbud. [REDACTED] kan inte anses ha varit under företagets kontroll vid anbudslämnandet då företaget inte hade några anställda, inte haft henne upptagen i styrelsen/ledningen eller angivit henne/hennes eventuella företag som underleverantör enligt punkt 1.3.4 i förfrågningsunderlaget. Det framgår inte heller i anbudet att [REDACTED] är en konsult som kommer att anställas om Veteranklubben tilldelas uppdraget. Det är en uppgift som lämnats i efterhand utan att kommunen efterfrågat denna.

Veteranklubben anför därefter bl.a. följande. Veteranklubben har inte för avsikt att anlita underleverantör i upphandlingen. En särskild bilaga finns som styrker att [REDACTED] står till Veteranklubbens förfogande vid avtalsstart.

Det är felaktigt att det inte framgår av anbudet att [REDACTED] är en konsult som kommer att anställas om Veteranklubben tilldelas uppdraget. Till anbudet har hennes CV bifogats. I svar till upphandlingsenheten före tilldelningsbeslutet framgår det tydligt att konsulterna kommer att vara anställda och under Veteranklubbens kontroll vid avtalsstart.

Av förfrågningsunderlaget till den aktuella upphandlingen framgår inte att de angivna konsulterna ska ha ett historiskt förhållande till anbudslämnaren eller att innan avtalet träder i kraft ska vara under anbudsgivarens kontroll. Förfrågan anger att anbudsgivaren ska ange vilka konsulter som erbjuds. Veteranklubben erbjuder konsulterna [REDACTED] och [REDACTED]. Att dessa förvisso står under Veteranklubbens kontroll är reglerat genom avtal med dessa som reglerar ersättningar vid ett utfört uppdrag. För att ytterligare styrka att konsulterna faktiskt har en befintlig relation hänvisas till att båda tidigare varit engagerade i Lejonet & Partners.

Diskvalificeringen av [REDACTED] som angiven konsult får dessutom anses vara en oproportionerlig åtgärd. Detta då förfrågan faktiskt innehåller en mindre ingripande och mer rättvis metod att hantera en eventuell avsaknad för erbjudna konsulter genom metoden i punkt 1.4.2.4 som anger att anbudsgivare som endast offererar i ramavtalet angivna konsulter får företräde. Underlaget innehåller en metod för att säkerställa att anbudsgivare som inte kan leverera erbjudna konsulter automatiskt får en lägre rangordning. Detta medför att utvärderingen är felaktig och bör rättas genom ny tilldelning då Veteranklubben annars riskerar att lida uppenbar skada genom att vid nuvarande rangordning inte kunna påvisa att de kan leverera erbjudna konsulter och därigenom vinna kommande kontrakt.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

I målet är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig, se p. 4 i övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

I förfrågningsunderlaget, punkt 1.4.4.3, anges bl.a. att anbudsgivarna ska erbjuda en eller två namngivna rekryteringskonsulter som är ansvariga för rekryteringsuppdragen. Av förfrågningsunderlagets punkt 1.5.1.5 framgår vidare hur poängsättningen av utvärderingskriteriet Konsult/er ska ske utifrån antal offererade konsulter samt konsulten/konsulternas erfarenhet.

Veteranklubben har i sitt anbud uppgett att bolaget erbjuder två rekryteringskonsulter samt redogjort för dessas erfarenhet. Veteranklubben gör gällande att bolaget rätteligen skulle ha erhållit en högre poäng såvitt avser utvärderingskriteriet Konsult/er eftersom bolaget offererar två konsulter som uppfyller de krav som ställs för att full poäng (30) ska tilldelas. De upphandlande myndigheterna har emellertid bedömt att Veteranklubben enbart offererat en rekryteringskonsult och genomfört utvärderingen av det aktuella kriteriet i enlighet med detta.

Förvaltningsrätten konstaterar att anbudsgivare i en upphandling endast har möjlighet att erbjuda/offerera resurser som anbudsgivaren förfogar över eller kommer att förfoga över vid de uppdrag som omfattas av upphandlingen ifråga.

I upphandlingen har framkommit att en av de av Veteranklubbens erbjudna konsulter vid anbudslämnandet inte var anställd i företaget och inte heller varit upptagen i styrelsen eller ledningen i bolaget. Det fanns således inget stöd för att konsultens resurser vid tidpunkten för anbudslämnandet stod under Veteranklubbens kontroll. Veteranklubben har först sedan anbudstiden löpt ut uppgett att konsulten ifråga kommer anställas i bolaget vid avtalsstart för det fall bolaget får förtroendet att arbeta med rekryteringar. Vi-

dare har, såvitt framkommit i målen, meddelandet den 28 oktober 2016 från aktuell konsult till Veteranklubbens marknadschef om att denne "*absolut gärna tar ett ansvar för Syd Östra Skåne i den upphandlingen om vi vinner upphandlingen där..*" inte varit en del av Veteranklubbens anbud. Veteranklubben kan därmed vid anbudslämnandet inte heller anses ha visat att bolaget förfogade över eller skulle komma att förfoga över aktuell personell resurs vid fullgörande av kontrakt med anledning av ramavtalet. Vid ett sådant förhållande har de upphandlande myndigheterna enligt förvaltningsrättens mening haft fog för att vid utvärderingen av Veteranklubbens anbud, under utvärderingskriteriet Konsult/er, endast tillgodoräkna Veteranklubben en erbjuden rekryteringskonsult.

Förfarandet kan inte anses vara oproportionerligt. Metoden i punkt 1.4.2.4 i förfrågningsunderlaget, som återopats av Veteranklubben, avser en annan fråga, närmare bestämt hur avrop ska hanteras när ramavtalsleverantör inte kan tillhandahålla *erbjudna* namngivna konsulter, d.v.s. inte kan tillhandahålla konsulter som anbudsgivaren vid anbudslämnandet visat att anbudsgivaren förfogar över eller kommer att förfoga över vid uppdrag som omfattas av upphandlingen.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att vad Veteranklubben anfört inte visar att de upphandlande myndigheterna förfarit felaktigt vid utvärderingen i den aktuella upphandlingen. Veteranklubbens ansökan om ingripande enligt LOU ska därmed avslås.

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



Bertil Idarsson

Anna Aktermo har föredragit målen.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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.