



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2013 -05- 24
Meddelad i
Malmö

Mål nr
3958-13

SÖKANDE

Vega HR AB, 556809-3040
Viktor Rydbergsgatan 14
411 32 Göteborg

Ombud: advokaten Jenny Bengtsson
Ramberg Advokater AB
Box 7531
103 93 Stockholm

MOTPART

Ängelholms kommun
262 80 Ängelholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att Ängelholms kommuns upphandling avseende "Vikarietjänster till barn- och utbildningsförvaltningen" ska göras om.

BAKGRUND

Ängelholms kommun genomför upphandling avseende "Vikarietjänster till barn- och utbildningsförvaltningen". Upphandlingen genomförs enligt reglerna om förenklat förfarande i LOU. Av tilldelningsbeslut den 9 april 2013 framgår att uppdraget ska tilldelas VRE Education AB.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Vega HR AB (Vega) begär överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om. Till stöd för talan anförs i huvudsak följande. Upphandlingen strider mot såväl likabehandlings- som transparensprincipen. Vega fick del av anbudsunderlaget så som det var utformat från början. Efter genomgång av anbudsunderlaget bedömde Vega att vissa av de kommersiella villkoren var för ensidigt utformade för att ett kontrakt med Kommunen skulle bli tillräckligt lönsamt. Vega valde därför att inte lämna något anbud.

Det har kommit till Vegas kännedom att Kommunen sex dagar innan anbudstidens utgång väsentligt har förändrat två kommersiella villkor, nämligen punkterna 5.22.2 och 5.11.2 i anbudsunderlaget. Punkt 5.11.2 har ändrats från den ursprungliga lydelsen "Retroaktiva prishöjningar godkänns inte" till "Formuleringen i punkt 5.11.2 ändras så att vi godkänner retroaktiva prishöjningar från och med det datum då centrala avtal tecknas". Punkten 5.22.2 har ändrats från den ursprungliga lydelsen "Väsentliga förändrade förutsättningar för köpare eller leverantör kan medföra att avtalet måste sägas upp i förtid" till "Formuleringen i punkt 5.22.2 ändras så att en förtida uppsägning ska föregås av förhandling samt meddelas leverantören minst sex månader i förväg".

Förutsättningarna för att lämna anbud har därigenom helt förändrats. Förändringarna har medfört att det är ett betydligt mindre riskfyllt kontrakt som erbjuds av Kommunen än vad som framgick av det ursprungliga förfrågningsunderlaget. De

väsentliga förändringarna har varit av sådan art att hade dessa varit med i det ursprungliga anbudsunderlaget hade detta inneburit att Vega lämnat anbud. Vega har genom Kommunens agerande lidit skada. Det finns ingen reglering i LOU eller praxis som anger att en anbudsgivare måste anmäla sitt intresse eller begära ut förfrågningsunderlag på visst sätt.

Ängelholms kommun (Kommunen) bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Det är uppenbart att Vega aldrig har avsett att lämna anbud i upphandlingen. Bolaget har därmed ej kunnat lida skada av vad som förevarit under anbudstiden. Vid kontroll kan konstateras att Vega aldrig begärt ut något förfrågningsunderlag. Däremot är Vega samarbetspartner med den anbudsgivare som lämnat det sämsta anbudet i upphandlingen. Vega har i efterhand, efter tilldelningsbeslutet, begärt ut förfrågningsunderlaget. Samarbetspartnern har bett Vega att begära överprövning på en grund som inte hade kunnat åberopas av samarbetspartnern som lämnat anbud.

De förtydliganden som gjorts av de kommersiella villkoren kan ej betraktas som väsentliga. Justeringarna är marginella och strider ej mot LOU. Mindre justeringar av ett förfrågningsunderlag under anbudstiden är tillåtna. Klausulen om prisjustering, punkten 5.11.2, visar att priset kan justeras med ganska kort varsel och de risker som man som leverantör tar vid en höjning av lönenivån är begränsade och knappast att anse som en större likviditetspåfrestning. En prisändring är enligt klausulen möjlig efter lite drygt en månad, vilket inte innebär någon större risk för leverantören. Förändringen att Kommunen kan acceptera en retroaktiv prishöjning är därmed synnerligen marginell. Förändringen i 5.22.2 är enbart ett förtydligande att man avser meddela leverantören inför en eventuell prishöjning i god tid. Det är vanligt i branschen att personal avlönas per utfört uppdrag. Den ekonomiska risken är därmed inte särskilt stor och förtydligandet innebär ingen förändring som innebär väsentliga skillnader i det ekonomiska åtagandet. Att den första skrivningen skulle få någon att avstå från att lämna anbud är inte troligt. Utdrag från Creditsafe visar att Vega sannolikt avlönar sin inhyrda personal på samma vis.

Kommunen har iakttagit de regler och principer som kommer till uttryck i LOU. All information under anbustiden har skickats ut via Visma Opic. Likabehandlings- och transparensprincipen är tillgodosedda genom att alla som har registrerat sig har tillgång till samma information.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan 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 får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Vega gör gällande att Ängelholms kommun brutit mot LOU genom att väsentligt förändra två kommersiella villkor i förfrågningsunderlaget sex dagar innan anbudstidens utgång. Ängelholms kommun hävdar att de förtydliganden som gjorts av de kommersiella villkoren ej är att betrakta som väsentliga samt att de justeringar som gjorts är marginella och ej strider mot LOU

En upphandlande myndighet är inte förhindrad att innan anbudstiden utgångsklarga eventuella tveksamheter eller otydligheter i förfrågningsunderlaget, förutsatt att detta inte medför väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Frågan om en ändring i ett förfrågningsun-

derlag är av väsentlig karaktär måste alltid avgöras med hänsyn till ändringens betydelse i den enskilda upphandlingen.

I förevarande fall har Kommunens justeringar av villkoren inneburit ett minskat risktagande för leverantörerna. Enligt förvaltningsrättens bedömning är de åberopade förändringar som Kommunen har gjort i de kommersiella villkoren av sådan karaktär att de har inneburit att förutsättningarna för att lämna anbud ändrats i väsentligt avseende. Förändringen kan ha medfört att potentiella leverantörer som avhållit sig från att lämna anbud hade varit intresserade av att delta i anbudsgivningen om de haft kännedom om villkorens slutliga utformning. Genom att göra väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget kort tid före anbudstidens utgång har Kommunen agerat i strid med kraven på förutsebarhet och transparens. Förvaltningsrätten finner därmed visat att Ängelholms kommun i det aktuella upphandlingsförfarandet brutit mot LOU på ett sådant sätt att Vega därigenom har lidit eller riskerat att lida skada. Grund för ingripande mot upphandlingen föreligger därmed. Då bristen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om.

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


Anders Mattsson

Lena Palmér har föredragit målet.



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. 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 3109/1B LOU

