

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

Föredragande: R. Funck

DOM
2014-02-05
Meddelad i
LuleåMål nr
2003-13
Enhet 1**SÖKANDE**

Medarbetare Norr AB, 556585-6571

Ombud: Viktor Robertson
Stiftelsen Den Nya Valfärden
Box 5625
114 86 Stockholm**MOTPARTER**1. StudentConsulting Sweden AB, 556674-7449
Box 5832
102 48 Stockholm2. Bodens kommun
961 86 Boden**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att avtalet ”Resursförmedling 2013-2” mellan Bodens kommun och StudentConsulting Sweden AB får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda.

Dok.Id 43348

Postadress
Box 849
971 26 Luleå**Besöksadress**
Residensgatan 17**Telefon**
0920-29 54 90
E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.dom.se**Telefax**
0920-22 04 59**Expeditionstid**
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Bodens kommun påbörjade upphandling genom förenklat förfarande av ”resursförmedling 2013”, dvs. tillhandahållande av resurskonsulter (vikarier) till utbildningsförvaltningens verksamheter. Endast ett anbud, som inte uppfyllde ska-kraven, kom in. Kommunen beslutade därför den 4 juli 2013 att avbryta upphandlingen. Kommunen har därefter genomfört en direktupphandling av ifrågavarande tjänst, ”resursförmedling 2013-2”, och, den 20 augusti 2013, ingått avtal med StudentConsulting Sweden AB (SC). Varken Medarbetare i Norr AB (Medarbetare Norr) eller SC lämnade anbud under det förenklade förfarandet.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT M.M.**Medarbetare Norr**

Medarbetare Norr har ansökt om överprövning och yrkat att kommunens avtal med SC ska ogiltigförklaras samt att upphandlingen ska göras om. Medarbetare Norr har vidare yrkat att förvaltningsrätten ska förena en eventuell dom om ogiltighetsförklaring med ett beslut om omedelbart verkställighetsförbud av avtalet.

Till stöd för sin talan har Medarbetare Norr anfört följande. Medarbetare Norr valde att inte lämna anbud i resursförmedling 2013 på grund av de krav som ställdes i förfrågningsunderlaget. Bl.a. var ett av kraven inte förenligt med kollektivavtal inom bemanningsbranschen. Efter att upphandlingen avbrutits ville kommunen förhandla med Medarbetare Norr och göra en direktupphandling. Medarbetare Norr avböjde direktupphandlingen på grund av att kraven var oförändrade.

Den 23 augusti 2013 fick Medarbetare Norr kännedom om att en direktupphandling skett mellan kommunen och SC utan att en ny anbudsfrå-

gan skickats ut. Förfrågningsunderlaget till direktupphandlingen, ”resursförmedling 2013-2”, hade då ändrats väsentligt.

Enligt praxis och doktrin ska en ändring av villkoren för ett kontrakt anses vara väsentlig om ändringen innebär att villkor införs som, om de hade förekommit i det ursprungliga förfrågningsunderlaget, hade gjort det möjligt för en annan anbudsgivare att lämna anbud. Om en leverantör valt att inte lämna anbud på grund av de ändrade villkoren har ändringarna ansetts utgöra en sådan väsentlig förändring som inte medger undantag enligt 4 kap 5 § första stycket 1 LOU. Ändrade ska-krav utgör vanligtvis en väsentlig förändring av kontraktsinnehållet.

Kommunen har ändrat ett tidigare ska-krav om att anbudsgivare ska ha lämnat intyg på att leverantören är ett auktoriserat bemanningsföretag på så sätt att det nu räcker med att leverantören är eller kan bli auktoriserad. Det var just på denna punkt som den tidigare anbudsgivaren diskvalificerades. Det är därför uppenbart att ändringen är väsentlig. Även andra leverantörers intresse av att lämna anbud bör beaktas. Att SC uppfyllde det krav som ställdes tidigare saknar betydelse, liksom att Medarbetare Norr visste att ändringen var att vänta.

Härutöver har kommunen ändrat förutsättningarna på elva punkter i jämförelse med de ursprungliga villkoren. Samtliga villkorsändringar som genomförts har gynnat SC. De har påverkat kontraktets ekonomiska jämvikt. Det går inte att hänvisa till hur man gjort historiskt sett.

Prisavdraget på 20 procent om beställaren godkänner obehörig personal har ändrats till ett avdrag på 20 kronor per timme, vilket medför en kostnadsminskning på 13 procent för SC. Marginella prisförändringar motsvarande endast 2,73–5,52 procent har i praxis ansetts medföra att den ekonomiska jämvikten ändrats till förmån för den kontrakterande leverantören.

Minimitiden för avrop har ändrats från två timmar per avrop till minimum tre timmar per avrop.

Enligt de ursprungliga anbudsförutsättningarna var introduktion av ny personal obligatorisk, och skulle ske på leverantörens bekostnad utan rätt till särskild ersättning från kommunen. I avtalet mellan kommunen och SC har detta villkor ändrats till att sådan introduktion inte längre är nödvändig utan att behovet får avgöras i samråd mellan parterna. Vidare har SC enligt de nya avtalsvillkoren rätt till särskild ersättning för sådan introduktion som tar mer än fyra timmar.

I det ursprungliga förfrågningsunderlaget anges att det för personalkategori inom den pedagogiska verksamheten krävs att personal uppfyller behörighetskrav enligt gällande lagstiftning, behörighetsförordning eller förvaltningsdirektiv. I direktupphandlingen finns även alternativet att kommunen har godkänt resurskonsultens kompetensprofil.

I det nya förfrågningsunderlaget förbinder sig kommunen att använda leverantörens bemanningssystem istället för tvärtom. SC kan nu använda ett för bolaget redan invant system för beställningar utan att behöva anpassa sin verksamhet efter kommunens befintliga system. Detta samtidigt som kommunen i sin tur tvingas anpassa sina kommande beställningar till ett för den nytt system.

Anpassning av villkoren av avtalet har skett vad gäller uppdragsstart för att på ett så bra sätt som möjligt anpassa avtalet efter SC:s befintliga förmedlingssystem.

Med det nya underlaget har kommunen fråntagits möjligheten att genomföra avbeställningar per e-post. Dessutom har villkoret om att kommunen ska kunna avbeställa redan påbörjade uppdrag med en dags varsel tagits

bort, och kommunen är, jämfört med de ursprungliga anbudsförutsättningarna, i större utsträckning skyldig att betala för sena avbeställningar.

Eftersom tilldelningsvillkoren för kontraktet i ”resursförmedling 2013-2” har ändrats väsentligt i förhållande till ursprungligen gällande villkor för tilldelning har det inte varit möjligt att använda sig av ett förhandlat förfarande enligt 4 kap. 5 § 1 LOU.

Det har dessutom inte varit möjligt att använda förfarandet eftersom kommunen inte har använt sig av ett öppet eller selektivt förfarande (se Kamrarrätten i Stockholms dom i mål nr 3658-13).

Kommunen har själv satt sig i en brådskande situation genom att för sent påbörja upphandlingen enligt LOU. Kommunen sade redan den 18 februari 2013 upp sitt tidigare avtal gällande dessa tjänster till upphörande den 30 juni 2013. Den har således haft god tid på sig att genomföra en offentlig upphandling. Kommunen hade dessutom hunnit genomföra ett nytt annonserat förfarande innan höstterminsstarten om detta förfarande hade påbörjats genast efter den 15 juli 2013 då det nya upphandlingsunderlaget, resursförmedling 2013-2, stod klart. Det har därmed inte varit omöjligt för kommunen att hålla tidsfristerna vid ett annonserat förfarande. Synnerlig brådskande enligt 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU har följaktligen inte förelegat.

Medarbetare Norr har inte getts möjlighet till förhandling av de villkor som fanns med i de ursprungliga anbudsförutsättningarna. Bolaget erbjöds istället möjlighet att ingå avtal på ursprungliga villkor. Bolaget skulle gärna ha lämnat anbud i en annonserad upphandling med de ändrade villkoren. Som en följd av att bolaget inte fått möjlighet att lämna anbud på kontraktet har Medarbetare Norr lidit eller kan komma att lida sådan skada som avses i 16 kap. 4 och 13 §§ LOU.

Medarbetare Norr bestrider att sådana exceptionella omständigheter föreligger att avtalet mellan kommunen och SC kan tillåtas få bestå. Kommunen kan själv tillgodose sitt behov av vikarier genom sin egen förvaltning eller genom att korttidsanställa personal. Vidare har kommunen redan nu ett system ”Intime” för att anlita och minimera behovet av vikarier. Tillgången till tillfälliga lärare och annan skolpersonal och elevernas rätt till utbildning är således inte beroende av att kommunen köper vikarieförmedlingstjänster direkt på marknaden. Kommunen har sammanfattningsvis inte visat att tvingande hänsyn till ett allmänt intresse föreligger.

Kommunen

Kommunen har motsatt sig bifall till ansökan, yrkandet om att upphandlingen ska göras om samt yrkandet om verkställighetsförbud. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att förutsättningar för ogiltighet är uppfyllda yrkar kommunen att domstolen beslutar att avtalet får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Kommunen har anfört följande. Kommunen har genomfört en förenklad upphandling enligt 15 kap. LOU. Endast ett anbud kom in. Anbudsgivaren uppfyllde inte kravet på att vara ett auktoriserat bemanningsföretag vid kvalificeringen av anbudsgivaren. Kommunen har därefter med stöd av reglerna i 15 kap. 3 § andra stycket och 4 kap. 5 § 1 och 3 tillämpat reglerna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Anledningen till att ska-kravet om auktoriserat bemanningsföretag ändrades inför en eventuell ny annonsering var att inga anbud klarade av kravet vid första annonseringen. Vid informationen till SC användes dock det ursprungliga förfrågningsunderlaget, och kravet på att vara ett auktoriserat bemanningsföretag ställdes även till SC. Någon ändring av det aktuella ska-kravet har således inte skett.

Under upphandlingsprocessen i den förenklade upphandlingen inkom frågor som besvarades och publicerades. Svaren skrevs sedan in i det förfrågningsunderlag som användes vid informationen till SC, bl.a. avseende enstaka och upprepade förseningar. Detta var känt för Medarbetare Norr redan i den förenklade upphandlingen som utannonserades och kan därför inte anses som en väsentlig ändring.

Behörighetskravet avseende personalkategorier inom den pedagogiska verksamheten är mest relevant när kommunen avgör vilket pris som ska betalas. Skollagen har ingen reglering om att personal som anställs för kortare tid än sex månader måste vara behörig. Enligt skollagen kan kommunen under vissa förutsättningar anställa personal utan utbildning för arbete i skolan upp till ett år. Hänvisningen till skollagen öppnar upp för att leverantören ska kunna skicka resurskonsulter som ej är behöriga enligt behörighetsförordningen. När det gäller att kunna ta emot resurskonsulter som saknar behörighet har ingen väsentlig ändring skett, utan det är ett förtydligande i enlighet med förfrågningsunderlagets avsnitt A 4.2 att kommunen bedömer om resurskonsult som inte är behörig har rätt kompetens för uppdraget.

Kommunen hade i det utannonserade underlaget beskrivit sitt förmedlingssystem och hur beställningar ska ske. När SC inbjöds till en direktupphandling informerade SC om sitt bemanningssystem och erbjöd kommunen att använda det istället, varefter en arbetsrutin och ansvarsfördelningen beskrevs.

Kommunen anser inte att ändringen är väsentlig när prisavdraget gällande obehörig personal ändrades från 20 procent till 20 kronor per timme. Kommunens avsikt är att i första hand avropa behöriga resurskonsulter och det åligger leverantören att tillhandahålla behöriga sådana. Avropen av obehöriga resurskonsulter utgör då endast en mindre del av avropen.

Ändringen där kommunen förbinder sig från att avropa minimum tre timmar istället för två timmar är inte heller väsentlig. Det beror på att kommunens rutiner är att avropa minst fyra timmar, vilket även framfördes till Medarbetare Norr vid den direktupphandling bolaget tackade nej till. Statistiken för år 2012 visar att endast två procent av beställningarna var kortare än fyra timmar.

I resonemanget med SC förtydligades att introduktion ska ske i samråd med kommunen och hur länge den ska vara. Den information Medarbetare Norr fick vid sitt möte inför direktupphandlingen var att det skulle lösas på samma sätt som under den tid de hade sitt avtal med kommunen. Med anledning av denna kunskap är inte heller det att anse som en väsentlig ändring.

Vad avser avbeställning av uppdrag så beror ändringarna på SC:s erbjudande att tillhandahålla sitt bemanningssystem. Den tidigare texten blev då irrelevant. Kommunens avbeställningar kan fortfarande genomföras dagligen så länge beställningen är preliminär och inte bekräftad av kommunen. Ändringen är inte väsentlig.

Ändringarna har inte påverkat en annan leverantörs vilja att delta i upphandlingen, eftersom vikariemarknaden är mycket begränsad i denna del av landet och Medarbetare Norr inbjudits till förhandlingen, men bolaget avböjde. Dessutom gäller den aktuella upphandlingen så kallade B-tjänster för vilka ett mindre strängt regelverk gäller. Enligt 15 kap. LOU har den upphandlande myndigheten rätt att förhandla med anbudsgivare vid upphandling av sådana tjänster. Det ligger i sakens natur att en förhandling kan leda till förändringar i de ursprungliga villkoren och det kan därför inte strida mot LOU eller anses vara sådana väsentliga ändringar som avses i 4 kap. 5 § första stycket 1.

Kommunen gjorde ett seriöst försök att upphandla resurskonsulter genom en förenklad upphandling och kunde inte förutse att det inte skulle inkomma något godtagbart anbud. Eftersom en förenklad upphandling tar mellan tre och sex månader att genomföra hade det inte varit möjligt att hålla tidsfristerna för en annonserad upphandling och samtidigt trygga försörjningen av personal till skolan. Denna upphandling skulle dessutom göras under juli månad då berörd personal både hos kommunen och hos leverantörer normalt har semester. Situationen för kommunen var kritisk när den förenklade upphandlingen hade misslyckats.

Det säger sig självt att en upphandling av B-tjänster inte kan genomföras genom ett öppet eller selektivt förfarande eftersom dessa upphandlingsformer inte finns i 15 kap. LOU. Om detta skulle vara en förutsättning vid tillämpning av bestämmelserna om direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU skulle hänvisningen till 4 kap. 5-9 §§ LOU vara till stora delar meningslös. Inte heller undantaget i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU om förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådska skulle i så fall kunna komma i fråga eftersom det undantagsförfarandet förutsätter att man annars skulle ha genomfört ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande, men på grund av tidsbrist inte kan det. Samma gäller för undantaget i 4 kap. 6 § LOU. Anledningen till att denna hänvisning införts i 15 kap. 3 § andra stycket LOU är att upphandlande myndigheter som upphandlar enligt 15 kap. LOU ska ha samma möjligheter till ett formlöst förfarande som finns i 4 kap. LOU och för att förenkla dessa upphandlingar.

Kommunen har därmed haft rätt att genomföra direktupphandlingen med stöd av 15 kap. 3 § andra stycket och 4 kap. 5 § första stycket 1 och 3.

Kommunen har under en längre tid haft extern leverantör av vikarier. Därför finns det inte några egna kortidsvikarier och inte heller någon organi-

sation för att hantera skolvikarier i egen regi. Att bygga en egen vikarieorganisation beräknas ta minst tre månader, förmodligen längre. Bara själva beslutsprocessen för att genomföra en sådan omorganisation tar en månad. Därefter måste kommunen rekrytera bemanningsassistenter med tidigare erfarenhet, vilket tar minst 3-4 veckor. Nämnda bemanningsassistenter har dessutom förmodligen uppsägningstider som måste beaktas. Därefter tar det ett antal veckor innan vikarieförsörjningen kan börja fungera.

En ny upphandling tar tre till sex månader att genomföra.

Ovan nämnda alternativ tar för lång tid innan vikarieförmedlingen är ordnad.

Skolan är i högsta grad ett lagreglerat, tvingande allmänintresse. Om rätten skulle förklara avtalet med SC ogiltigt kan detta få samhällskritiska konsekvenser i form av att kommunen inte kan erbjuda skola och förskola till barnen. Det kan bli fråga om att inskränka verksamheten och att stänga enheter där bemanningen blir för låg. Får avtalet inte fullföljas kommer barn i förskolan inte att få den tid de har rätt till och elever i skolan inte den garanterade undervisningstiden. Kommunen kommer alltså att vara tvungen att vidta åtgärder som står i strid med skollagen.

Frånvaron av vikarier från den 1 – 11 september 2013 uppgick till i genomsnitt 52 timmar per dag. Den 17 september 2013 hade kommunen minst 81,25 timmars behov som den inte kunde tillgodose. På små enheter och i förskolan var läget mest kritiskt. När kommunen har för lite personal så får lärare hantera flera klasser samtidigt och personalen i förskolan får vara ensamma i en grupp med barn. De så kallade 15-timmarsbarnen skickas hem. Under den period då kommunen inte kunde avropa från avtalet hade den mycket stora svårigheter att leva upp till skollagens krav.

Det är därför av högsta prioritet att avtalet med SC får fullgöras i sin helhet. Även om förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda finns således skäl för rätten att besluta att avtalet får bestå.

SC

SC har motsatt sig bifall till ansökan och yrkat att förvaltningsrätten, om den finner att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda, ska besluta att avtalet får bestå.

SC har anfört följande. För det fall några förändringar alls kan anses ha gjorts i underlaget är dessa att betrakta som marginella och därmed tillåtna.

Det ursprungliga underlaget föreskrev att anbudsgivare ska lämna intyg på att anbudsgivaren är ett auktoriserat bemanningsföretag. Det var också med denna innebörd som kravet förmedlades till SC, varpå SC lämnade in ett intyg om auktorisering till kommunen. Såvitt SC känner till är även Medarbetare Norr auktoriserat bemanningsföretag, varför kravet inte kunnat ha någon som helst påverkan på bolagets möjligheter att erhålla kontakt. Någon förändring av kravet har således inte gjorts.

Vid prispförhandlingen kom parterna överens om att marginellt minska prisreduktionen i händelse av att obehörig personal offererades samt att uttrycka den nominellt istället för procentuellt. I faktiska termer skulle timpriset för en obehörig resurskonsult därmed uppgå till exempelvis 249 kronor istället för 215 kronor, dvs. en skillnad på 34 kronor. Denna skillnad måste anses i högsta grad marginell. Minskningen av prisreduktionen i dessa fall motsvarades av en minskning av SC:s offererade priser för behöriga resurskonsulter. En sådan överenskommelse är ett naturligt led i prispförhandling mellan två parter, och ändrade inte den ekonomiska jämvikten

i kontraktet. I praktiken kommer prisreduktionen inte ha någon större betydelse, eftersom SC givetvis i första hand offererar behörig personal.

För år 2012, när Medarbetare Norr levererade de aktuella tjänsterna, utgjorde andelen avrop som avsåg uppdrag på mindre än fyra timmar två procent av den totala volymen. SC har i sin anbuds kalkyl räknat med motsvarande utfall, dvs. att andelen avrop som avser denna typ av korta uppdrag kommer att vara försvinnande liten, varför detta inte är att anse som ett väsentligt förhållande.

SC efterfrågade ett klargörande avseende introduktionens tidsomfattning samt om leverantören alls är delaktig i bedömningen av om introduktion behövs. SC fick till svar att den hittillsvarande rutinen som tillämpats gentemot Medarbetare Norr även skulle gälla fortsättningsvis, dvs. att introduktion inte förväntas vara mer tidsomfattande än fyra timmar, samt att samråd inhämtas. Dessa klargöranden skrevs därmed till i underlaget. Det kan därför inte vara fråga om en förändring av de ursprungliga villkoren. I vart fall är förändringen marginell.

Vad avser godkännande av obehörig personal så tillåts obehörig personal även i det ursprungliga underlaget (avsnitt A 4.2 och U 3.1). Någon förändring har därmed inte skett.

I det ursprungliga underlaget angavs att kommunens behov för närvarande samordnas via kommunens förmedlingssystem Intime. Det är oklart på vilket sätt frågan om förmedlingssystem har haft betydelse för Medarbetare Norrs intresse av att tacka ja till uppdraget. Såvitt SC känner till har Medarbetare Norr inget eget förmedlingssystem. Frågan om förmedlingssystem, inkl. ägande- och nyttjanderätt, har endast blivit aktuell på grund av att Medarbetare Norr avstod från uppdraget och förfrågan därför ställdes till SC. Ändringen kan därmed inte anses väsentlig.

Tillägget av ”fastställd och bekräftad” beställning i avsnitt A 4.2.2 avseende uppdragsstart beror på att SC:s förmedlingssystem medger att beställning kan läggas in på preliminär basis för att senare bekräftas slutligen. Tillägget innebär således ingen förändring i sak. Det är alltså inom två timmar efter beställning som uppdraget senast ska påbörjas.

Det ursprungliga underlaget föreskrev, genom komplettering nr 1, att anmärkning på så sätt som avses i A 9.2 kan uppkomma i följande fall: *”Vid upprepade leveransförseningar eller när resurskonsulten ej utför sitt tilldelade arbetspass. Därutöver kan anmärkning ske om det visar sig att resurskonsulten är olämplig för uppdrag trots att en bedömning gjorts av lämpligheten. Dialog och dokumentation om anmärkningar kommer att ske av Beställaren till leverantören.”* Ordalydelsen är identisk i det senare underlaget. Det förhållandet att ordalydelsen har placerats om till avsnitt A 4.2.4 utgör ingen förändring i sak och är dessutom en naturlig följd av att frågan berör leveransförseningar.

Det ursprungliga underlaget föreskrev att avbeställning ska kunna ske senast dagen innan uppdraget ska utföras. Så är alltså fallet. SC:s förmedlingssystem medger att beställning av uppdrag görs på preliminär basis för att senare bekräftas. Det har därmed varit naturligt att modifiera villkoret och tydliggöra att avbeställning får göras fram till dess att kommunen slutligen bekräftar uppdragets utförande. Den slutliga bekräftelsen sker i mycket nära anslutning till uppdragets utförande. Det är följaktligen inte fråga om någon förändring i sak. Leverantören ska fortfarande acceptera en avbeställning som görs senast dagen innan uppdraget ska utföras.

Det är inte i något fall fråga om förändringar som, om de hade införts i det ursprungliga underlaget, skulle ha medfört att en annan leverantör fått teckna kontrakt. Vidare har inte kontraktets tillämpningsområde väsentligen utsträckts så att det omfattar andra tjänster än de som först avsågs. Det

ursprungliga respektive senare underlaget avser precis samma och identiska kontraktsföremål. Kontraktets ekonomiska jämvikt har inte heller ändrats. Några väsentliga ändringar har således inte skett.

Ogiltigförklaring av det nu aktuella avtalet skulle få mycket allvarliga konsekvenser för kommunens möjligheter att bedriva skolverksamhet och därmed kritisk påverkan på barn och ungdomars rätt till utbildning. Det förhållandet att kommunen i teorin skulle kunna rekrytera egna lärarvika-rier kan inte föranleda någon annan bedömning. Kommunen har vare sig resurser eller organisation för att i egen regi hålla med fungerande vikarie-försörjning. Det som Medarbetare Norr anfört i detta avseende är orimligt och saknar förankring i verkligheten. Det föreligger därmed ett sådant tvingande hänsyn till allmänintresse att avtalet måste få bestå.

Den 10 september 2013 beslutade förvaltningsrätten på yrkande av medar-betare Norr att det aktuella avtalet inte får fullgöras innan förvaltningsrät-ten beslutat något annat. Den 25 september 2013 beslutade förvaltningsrät-ten att upphäva sitt beslut.

BESTÄMMELSER

Enligt 15 kap. 3 § LOU får direktupphandling användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket. Vidare får direktupphandling använ-das i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfar-ande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5-9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

Enligt 4 kap. 5 § 1 och 3 LOU får en upphandlande myndighet använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kon-trakt som avser bl.a. tjänster om det vid ett öppet eller selektivt förfarande

inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt, eller om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Av 4 kap. 6 § framgår att i de fall som avses i 2 § 1 får en upphandlande myndighet avstå från att annonsera om upphandling, om den i ett förhandlat förfarande bjuder in endast anbudsgivare som uppfyller kraven i 10 och 11 kap. och som i ett föregående öppet eller selektivt förfarande eller i en föregående konkurrenspräglad dialog har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven vid upphandlingen. I förfarandet får inte andra än sådana anbudsgivare delta.

Enligt 16 kap. 13 § LOU ska rätten 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 anbuds förfarandet och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

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

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet är om kommunen har genomfört en otillåten direktupphandling genom att teckna avtal med SC och, om så är fallet, om det ingångna avtalet ändå ska bestå enligt 16 kap. 14 § LOU på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Som framgår ovan påbörjade kommunen en upphandling genom förenklat förfarande av ”resursförmedling 2013”. Eftersom endast ett anbud kom in, och det inte uppfyllde ska-kravet om auktoriserat bemanningsföretag, beslutade kommunen att avbryta det förenklade förfarandet och initiera ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, dvs. en direktupphandling. Kommunen har anfört att den direktupphandlat med stöd av reglerna i 15 kap. 3 § andra stycket och 4 kap. 5 § 1 och 3 LOU.

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling. Undantagen från skyldigheten att annonsera offentliga upphandlingar ska tolkas restriktivt.

Direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket andra meningen LOU

Medarbetare Norr har gjort gällande att förutsättningarna för direktupphandling inte är uppfyllda och har bl.a. åberopat en dom från Kammarrätten i Stockholm (mål nr 3658-13). Enligt nämnda dom kan en upphandlande myndighet inte använda sig av direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket andra meningen LOU om den inte använt sig av öppet eller selektivt förfarande i den tidigare upphandlingen.

Förutom de rent logiska invändningar man kan ha mot detta resonemang så framgår av förarbetena till 15 kap. 3 § LOU (prop. 2009/10:180 s. 294 och s. 344) att ”med i tillämplig omfattning avses att öppet eller selektivt förfarande i 4 kap. 5 § första stycket, första punkten och 6 § omfattar förenklat förfarande eller urvalsförfarande i enlighet med 15 kap”. Det är således tämligen klart att lagstiftaren avsett att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det vid t.ex. förenklat förfarande inte lämnats några anbud, eller inte lämnats några lämpliga anbud, och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt.

Det domstolen ska ta ställning till är därför om övriga förutsättningar för förhandlat förfarande utan föregående annonsering i 4 kap. 5 § 1 och 3 LOU är uppfyllda.

4 kap. 5 § 1 LOU

För att få använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § 1 LOU krävs att det inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud.

I LOU görs skillnad mellan ogiltiga anbud (4 kap. 6 § jämfört med 4 kap. 2 § 1 LOU) och anbud som inte är lämpliga (4 kap. 5 § 1 LOU). Skillnaden är av avgörande betydelse.

Att ett anbud inte är lämpligt innebär inte att det på rent formella grunder är ogiltigt. Ett anbud kan vara olämpligt om priset t.ex. är för högt jämfört med normalt marknadspris eller om priset är onormalt lågt.¹

¹ Jfr Lagen om offentlig upphandling, En kommentar, Helena Rosén Andersson m.fl., upplaga 1:1 s. 225 f och samt Lag om offentlig upphandling – En kommentar, Jan-Erik Falk, andra upplagan s. 173.

I aktuellt fall avbröt kommunen upphandlingen på grund av att endast ett anbud som inte uppfyllde ska-kraven kom in. Det aktuella anbudet var således ogiltigt² och inte olämpligt. Redan av denna anledning är 4 kap. 5 § 1 LOU inte tillämplig. Om de ursprungliga villkoren för kontraktet ändrats väsentligt eller inte saknar därmed betydelse.

Kommunen har således inte gjort sannolikt att den kunnat direktupphandla med stöd av 4 kap. 5 § 1 LOU.

Noteras kan att inte heller 4 kap. 6 § LOU, som gäller ogiltiga anbud, är tillämplig eftersom en förutsättning enligt nämnda bestämmelse är att endast anbudsgivare som lämnat anbud i det tidigare förfarandet får delta. Som framgår ovan lämnade SC inte anbud i det tidigare, förenklade förfarandet.

4 kap. 5 § 3 och synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § LOU

För att 4 kap. 5 § 3 LOU ska vara tillämplig krävs att det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna för annonsering. Enligt praxis från EU-domstolen (t.ex. C-318/04) får omständigheterna inte heller vara hänförliga till eller på annat sätt bero på den upphandlande myndighetens handlande. Exempel på sådant handlande är bristande planering.

Kommunen har gjort gällande att synnerlig brådska för att trygga personal till skola och förskola förelåg efter att den förenklade upphandlingen hade misslyckats. Kommunen har vidare anfört att det inte gick att förutse om godtagbara anbud skulle komma in eller inte, och att kommunen gjort ett

² jfr Lagen om offentlig upphandling, En kommentar, Helena Rosén Andersson m.fl., upplaga 1:1 s. 216 f samt Lag om offentlig upphandling – En kommentar, Jan-Erik Falk, andra upplagan s. 158)

seriöst försök att genomföra en annonserad upphandling, varför tidsbristen inte kan anses självförlådd.

Av handlingarna i målet framgår att kommunen sade upp befintligt avtal om personalinhyrning inom barnomsorg och skola med Medarbetare Norr den 18 februari 2013 och att avtalet upphörde att gälla den 30 juni 2013. Vidare framgår att den nya upphandlingen utannonserades först den 4 juni 2013 med sista anbudsdag den 28 juni 2013 samt att avtalsstart är satt till den 1 september 2013.

Enligt förvaltningsrättens mening är det tydligt att tidsplaneringen för den aktuella upphandlingen är väl snäv. Något utrymme för t.ex. en överprövningsprocess finns inte. Inte heller för den situation som nu uppstod, dvs. bristande konkurrens, trots att kommunen enligt egen uppgift var medveten om de begränsningar som finns på den aktuella marknaden i denna del av landet. Någon förklaring till varför kommunen påbörjade och annonserade upphandlingen så sent har inte anförts. Rimligen borde kommunen ha kunnat påbörja den så fort den bestämde sig för att det befintliga avtalet skulle sägas upp. Enligt förvaltningsrättens bedömning har därför annat inte framkommit än att den brådska som uppstått beror på kommunens egen bristande framförhållning och planering.

Sådana synnerliga skäl som avses i 15 kap. 3 § LOU har inte heller i övrigt framkommit.

Kommunen har således inte gjort sannolikt att den kunnat direktupphandla med stöd av 4 kap. 5 § 3 eller med hänvisning till synnerliga skäl i 15 kap. 3 § LOU

Sammanfattningsvis finner alltså förvaltningsrätten att förutsättningarna för direktupphandling i 15 kap. 3 § andra stycket andra meningen LOU

inte är uppfyllda. Det avtal som är föremål för förvaltningsrättens prövning har följaktligen tillkommit genom en otillåten direktupphandling.

Ogiltighet av avtal

Enligt 16 kap. 13 § LOU ska rätten 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 anbuds förfarandet och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Som framgår av förvaltningsrättens bedömning ovan har det aktuella avtalet slutits utan föregående annonsering. Något skaderekvisit synes inte vara kopplat till 16 kap. 13 § p 1 LOU.³ Bolaget har dock uppgett att det skulle ha lämnat anbud i en ny annonserad upphandling om det fått möjligheten, varför risk för skada, om nu detta krävs, förelegat.

Förutsättningarna för ogiltighet av avtal är därmed uppfyllda.

Tvingande hänsyn till ett allmänt intresse

För det fall förvaltningsrätten skulle finna att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda har kommunen yrkat att förvaltningsrätten ska besluta att avtalet får bestå enligt 16 kap.14 § LOU på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

³ Se Lagen om offentlig upphandling, En kommentar, Helena Rosén Andersson m.fl., upplaga 1:1 s. 666.

16 kap. 14 § LOU ska enligt förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 137 f.) tolkas restriktivt och det är endast exceptionella omständigheter som ska medföra att ett avtal ändå får bestå. Det framhålls att begreppet tvingande hänsyn till allmänintresset förekommer inom olika områden inom EU-rätten och även har utvecklats i EU-domstolens praxis. Hänsyn som domstolen bedömt som tvingande på grund av allmänintresset är t.ex. allmän ordning och säkerhet, skydd för människors liv och hälsa samt folk- och djurhälsan. Det ligger vidare i sakens natur att den som åberopar att en sådan undantagssituation föreligger också har bevisbördan för detta. Det sägs vidare att det ankommer på de allmänna förvaltningsdomstolarna att utifrån de särskilda omständigheterna i ett enskilt mål om överprövning av ett avtals giltighet, att tolka begreppet tvingande hänsyn till ett allmänintresse och bedöma om förutsättningarna för att låta avtalet bestå är uppfyllda.

Förvaltningsrätten anser att en fungerande skola och barnomsorg och rätten till utbildning är ett allmänintresse.

Kommunen har gjort gällande att den, för det fall avtalet inte får bestå, inte kommer att kunna tillhandahålla tillräckligt antal vikarier för att kunna bedriva förskola och skola i enlighet med skollagen under ett antal månader (den tid som det tar att bygga upp en organisation för vikarieförmedling i egen regi eller genomföra en ny upphandling). Den har anfört att barn och skolelever skulle komma att stå utan tillräckligt antal lärare m.m., att kvalitén skulle påverkas och att enheter inom förskola och skola skulle tvingas stänga vid för låg bemanning.

Den bild som kommunen ger är allvarlig. Med hänsyn till den ansträngda situation som uppstod för kommunen under september 2013, bl.a. under den period på två veckor då förvaltningsrättens interimistiska beslut gällde, och scenariot som kommunen då beskrev, finner förvaltningsrätten inte

skäl att ifrågasätta vad kommunen har anfört. De alternativ som medarbetare Norr påtalat bedömer förvaltningsrätten inte realistiska i en situation där kommunen under lång tid inte haft någon egen organisation för vikarieförmedling i egentlig mening.

Om skola och barnomsorg inte fungerar drabbas personal och föräldrar, men framför allt barnen och deras utbildning. Vid en avvägning mellan det allmänna intresset och leverantörens intresse av att det ingångna avtalet förklaras ogiltigt måste därför det allmänna intresset väga över.

Vid en samlad bedömning av omständigheterna som framkommit i målet och med beaktande av proportionalitetsprincipen anser förvaltningsrätten således att tvingande hänsyn till allmänintresse föreligger i detta fall. Det finns följaktligen skäl att låta avtalet bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda.

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

Eva Beselin



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/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. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

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 nå 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.