



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2019-09-23
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 4646-19

SÖKANDE

AB Vårdlänken Bemanning & Rekrytering, 556838-7897
 Mörbyvägen 3
 182 73 Stocksund

MOTPARTER

1. Kristianstads kommun
 291 80 Kristianstad
2. Randstad Care AB, 556581-9934

Ombud: Bolagsjurist Hanna Moradi
 Randstad Sweden Group AB
 BOX 70368
 107 24 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
20190924	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att Kristianstads kommuns upphandling av "Rekryteringstjänster inom vård och omsorg", dnr KS 2018/907, får avslutas först sedan rättelse vidtagits på så sätt att en ny utvärdering genomförs sedan anbudet från Randstad Care AB har förkastats.

BAKGRUND

Kristianstads kommun genomför med ett öppet förfarande en upphandling av "Rekryteringstjänster inom vård och omsorg", dnr KS 2018/907. Av tilldelningsbeslut den 4 april 2019, som ersatt tidigare meddelat tilldelningsbeslut den 13 mars 2019, framgår att anbudet från Randstad Care AB (Randstad) antagits i upphandlingen.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

AB Vårdlänken Bemanning & Rekrytering (Vårdlänken) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta om rättelse på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska utföras och att Randstads anbud ska förkastas. Bolaget har anfört bl.a. följande.

Eftersom Randstad inte uppfyller kraven enligt punkten 3.7 Personella resurser i upphandlingsdokumentet ska Randstads anbud förkastas.

Randstad har i sitt anbud ingivit bilagor med CV. Kristianstads kommun begärde vissa förtydliganden från Randstad och meddelade därefter ett tilldelningsbeslut den 13 mars 2019. Randstad ansågs inte uppfylla kraven på tre års erfarenhet beträffande rekryterings- och searchuppdrag för rekryteringskonsult 2. Efter vissa kontakter med Randstad återkallades tilldelningsbeslutet med motiveringen att "uppgifter kommit till kommunens kännedom vilket föranleder att bedömningar i utvärderingen bör omprövas". Efter att dessa uppgifter kommit till kommunens kännedom fick Randstad möjlighet att komma in med ytterligare nya uppgifter beträffande konsults CV. Efter att Randstad kommit in med flera nya uppgifter ansågs bolaget uppfylla kravet på tre års erfarenhet beträffande rekryterings- och searchuppdrag beträffande rekryteringskonsult 2, och den 4 april 2019 meddelades detta genom ett nytt tilldelningsbeslut.

De uppgifter som Randstad kommit in med *efter* anbudstiden utgång är sådana som skulle ha framgått i bifogade CV i enlighet med vad som anges i punkten 3.7. Det är ett ska-krav att "...det tydligt framgår att ovanstående krav på erfarenhet uppfylls. CV ska bifogas anbudet i lämpligt elektroniskt format."

Eftersom Randstad först efter flertalet kompletteringar, efter anbudstidens utgång, kommit in med tillräckliga uppgifter för att dess anbud ska kunna utvärderas har bolaget inte uppfyllt kravet på att bifoga tillräckligt *tydligt* CV. Randstads anbud ska därför förkastas.

Den information som Randstad fått komma in med i efterhand är inte av ett sådant slag att den kan anses vara tillåten enligt LOU. Genom förfarandet har Kristianstad hämtat in förtydliganden från Randstad i strid med LOU och även brutit mot likabehandlingsprincipen. Agerande kan komma att innebära skada för Vårdlänken då Vårdlänken gått miste om avtalet och de af-färer avtalet skulle innebära för Vårdlänken.

Kristianstads kommun (kommunen) anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande.

Frågan i målet är om kommunen haft rätt att begära att Randstad förtydligar rekryteringskonsultens erfarenhet. I upphandlingen har två anbud kommit in. Kommunen meddelade efter prövning och utvärdering ett första tilldelningsbeslut den 13 mars 2019 där AB Vårdlänken Bemanning & Rekrytering blev vinnande anbud. Den andra anbudsgivaren Randstad, som diskvalificerats, mailade den 19 mars 2019 till kommunen och motsatte sig tilldelningsbeslutet. Kommunen hade i sin bedömning utgått från att anställningen på Randstad, där rekryteringskonsulent 2 varit anställd sedan augusti 2016, avsåg kravet på tre års erfarenhet av rekrytering och search och att anställ-

ningen som områdeschef inte innebar att en betydande del av arbetsuppgifterna i arbetet utgjorde rekrytering och search. Randstad framförde emellertid att rekryteringskonsumenten uppfyller kraven då dennes tidigare anställning, där rekryteringskonsumenten arbetade åren 2012-2016, avser första delen av kravet – tre års erfarenhet av rekrytering och search – medan anställningen på Randstad från år 2016 avser erfarenheten av chefs- och specialistrekrytering. Vidare framhöll Randstad att rekrytering och search utgjort en betydande del av arbetsuppgifterna i arbetet som områdeschef.

En upphandlande myndighet som upptäcker att det har blivit fel i en upphandling ska som huvudregel rätta felet. Om felet går att rätta genom att fatta ett nytt tilldelningsbeslut så är detta både tillåtet och, ofta, lämpligt.

Kommunen återkallade tilldelningsbeslutet den 20 mars 2019 mot bakgrund av ovanstående uppgifter från Randstad och begärde därefter ett förtydligande från Randstad. Kommunen godtog svaret och beslutade därefter genom tilldelningsbeslut den 4 april 2019 att anta Randstad som leverantör.

14 kap. 9 § LOU stadgas att en upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling.

Principen om likabehandling och öppenhet innebär att ett anbud inte kan ändras eller kompletteras om detta får till följd att anbudet i själva verket kan anses vara ett nytt anbud. Inte heller får ett anbud förtydligas eller kompletteras på ett sätt som framstår som illojalt eller gynnande. Däremot kan ett anbud förtydligas och kompletteras om det föreligger oklarheter i lämnade uppgifter. Är det fråga om obligatoriska uppgifter får förtydligandet inte innebära att nya sakuppgifter av någon betydelse tillförs anbudet. Inte

heller får någon förändring eller avvikelse ske från ett obligatoriskt krav utan eventuella förtydliganden och kompletteringar måste göras utan att det uppstår risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Som svar på förtydligandet till Randstad avseende hur stor del av arbetsuppgifterna som bestod av rekrytering och search i rollen som områdeschef vid den tidigare anställningen uppgav Randstad att rollen som områdeschef medfört ett stort ansvar för rekrytering och att det därmed var en mycket omfattande del av de dagliga arbetsuppgifterna, ungefär 15 stycken rekryteringar per år.

Kommunen anser att i aktuellt mål endast marginella sakuppgifter har tillförts för att klargöra redan angivna uppgifter i anbudet – rekryteringskonsulentens erfarenhet av personal- och rekryteringsansvar finns beskriven i bifogat CV. Förtydligandet är med andra ord en godtagbar konkretisering av redan lämnade uppgifter i anbudet eller en precisering av dessa uppgifter. Det finns därför inte någon risk för att anbudet förändrats i sak genom kompletteringen.

Det bör vidare beaktas att en upphandlande myndighet har viss skyldighet att utreda oklarheter och liknande med beaktande av principen om god förvaltningssed och med hänsyn till rättssäkerheten.

Randstad som givits möjlighet att yttra sig över ansökan om överprövning anför bl.a. följande.

De i anbudsförfarandet ingivna uppgifterna av Randstad uppfyllde de krav som ställdes i upphandlingsdokumentets punkt 3.7 Personella resurser. Randstad ansluter sig till att den rättelse som kommunen efter första tilldelningsbeslut vidtog genom sitt andra tilldelningsbeslut var nödvändigt för att uppfylla upphandlingsprinciperna om likabehandling och transparens.

De krav på arbetslivserfarenhet som ställs enligt ovan nämnda punkt är uppfyllda av den arbetslivserfarenhet som presenteras i aktuell konsults CV, som ingavs av Randstad i anbudsförfarandet. Konsultens arbetsroll under sin anställning som områdeschef på Hemfrid uppfyller kravet på minst tre (3) års arbetslivserfarenhet av rekrytering, där rekryterings- och searchuppdrag har utgjort en betydande del av arbetsuppgifterna. Konsultens anställning som Rekryteringskonsult på Randstad uppfyller vidare det ställda kravet på minst ett (1) års arbetslivserfarenhet av chefs- och/eller specialistrekrytering.

Vårdlänkens yttrande om att informationen som gavs in av Randstad i anbudsförfarandet inte var tillräckligt tydlig ska bortses från, då några uttryckliga krav på hur uppgifter ska presenteras för att anses tydliga inte ställdes av kommunen. Randstad har i anbudsförfarandet lämnat de uppgifter om arbetslivserfarenhet som Randstad har tolkat krävs enligt Upphandlingsdokumentets punkt 3.7 Personella resurser. Det är även ostridigt att den kompletterande information som Randstad har kommit in med avser förtydliganden av redan angivna uppgifter i anbudet, som inte kan anses innebära att anbudet förändrats i sak.

I enlighet med 4 kap. 9 § LOU får en myndighet tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av en leverantör. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör kompletterar en sådan handling.

Mot bakgrund av ovan nämnda paragraf får, i andra hand, kommunens begäran om förtydligande anses vara i enlighet med upphandlingsprinciperna om likabehandling och öppenhet, där redan angivna uppgifter i anbudet har konkretiserats. Kommunens begäran att Randstad skulle förtydliga vad rollen som områdeschef med kundansvar, personal- och rekryteringsansvar

närmare omfattade är en sådan uppgift som kräver en enkel förklaring för att förtydliga och som enligt rättspraxis är korrekt av kommunen att efterfråga.

Med anledning av det ovan anförda ska Randstad i första hand anses uppfyllt de ställda ska-kraven i upphandlingen. Randstad ansluter sig i andra hand till kommunens yttrande om att kommunens förfarande överensstämmer med upphandlingslagstiftningen och att ansökan om överprövning ska avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 20 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.

Enligt 4 kap. 9 § LOU första stycket får en myndighet tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av en leverantör. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling.

En åtgärd enligt första stycket ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

Relevant del av upphandlingsdokumentet

I nu aktuellt upphandlingsdokument anges, såvitt är aktuellt i målet, följande.

”3.7 Personella resurser

Anbudsgivaren ska föfoga över minst två (2) rekryteringskonsult som i avropade rekryteringsuppdrag kan inneha rollen som ansvarig rekryteringskonsult enligt definitionen under rubrik 4.1 Uppdragsbeskrivning.

Erfarenhet

- Rekryteringskonsulterna ska ha erfarenhet av att genomföra rekrytering inklusive search avseende minst en chefsjänst inom offentlig förvaltning.
- Rekryteringskonsulterna ska ha minst tre (3) års arbetserfarenhet av rekrytering där rekryteringsuppdrag har utgjort en betydande del av arbetsuppgifterna. Minst ett (1) år av erfarenheten ska ha avsett chefs- och/eller specialistrekrytering.
- Rekryteringskonsulterna ska även ha minst tre (3) års arbetserfarenhet av search där searchuppdrag har utgjort en betydande del av arbetsuppgifterna.

För att styrka kravet ska anbudsgivaren till anbudet bifoga CV för två (2) rekryteringskonsult där det tydligt framgår att ovanstående krav på erfarenhet uppfylls. CV ska bifogas anbudet i lämpligt elektroniskt format.

Om anbudsgivaren föfogar över flera rekryteringskonsulter som uppfyller ovanstående krav och kan bli aktuella för uppdrag inom upphandlingens omfattning kan en förteckning över dessa även bifogas anbudet.”

Förvaltningsrättens bedömning

Ett anbud som inte uppfyller i en upphandling ställda krav får i regel inte antas utan ska förkastas. I förevarande upphandling ställs i upphandlingsdokumentets punkt 3.7 vissa krav på erfarenhet hos de två rekryteringskonsulter som (minst) ska offereras. Vidare uppställs krav på att denna erfarenhet tydligt ska framgå av de CV som ska bifogas anbudet. Att Randstads konsulter besitter den krävda erfarenheten är inte ifrågasatt i målet. Mot bakgrund av vad som framkommer av den ”ärendekommunikation” och övrig dokumenterad kommunikation (mailkontakt) som förelegat mellan kommunen och Randstad efter anbudstidens utgång får det emellertid, enligt för-

valtningsrättens bedömning, anses klarlagt att krävd erfarenhet hos båda rekryteringskonsulterna inte *tydligt framgår* av till anbudet bifogade CV, vilket i sig utgör ett krav enligt upphandlingsdokumentet.

Upphandlande myndighet har enligt 4 kap. 9 § LOU vissa möjligheter att begära förtydliganden och kompletteringar av ett anbud. Förtydliganden och kompletteringar får göras endast på initiativ av den upphandlande myndigheten och bestämmelsen ska tillämpas restriktiv (prop. 2006/07:128 s. 377). Med förtydligande eller komplettering avses i 4 kap. 9 § LOU konkretisering av tidigare inlämnade uppgifter. En sådan konkretisering får inte innebära att annat än marginella sakuppgifter tillförs anbudet. Om bestämmelserna i 4 kap 9 § LOU inte ger utrymme för en komplettering eller ett förtydligande är det i princip omöjligt att anta ett sådant anbud (HFD 2016 ref. 37).

Med hänsyn till att det nu aktuella kravets utformning, dvs. att viss erfarenhet *tydligt ska framgå* av bifogade CV måste, enligt förvaltningsrättens mening, utrymmet för förtydliganden och kompletteringar i detta avseende vara ytterst begränsat.

Genom de kompletteringar och förtydliganden avseende konsults erfarenhet som Randstad har kommit in med efter anbudstidens utgång får, enligt förvaltningsrättens mening, mer än marginella sakuppgifter anses ha tillförts anbudet. Dessutom har vissa uppgifter kommit in på Randstads initiativ. De kompletteringar och förtydliganden avseende konsults erfarenhet som Randstad har kommit in med kan därmed inte anses utgöra sådan tillåtna förtydliganden eller kompletteringar som avses i 4 kap. 9 § första stycket andra meningen LOU.

Eftersom det inte av Randstads bifogade CV tydligt framgick att samtliga offererade konsulter uppfyller ställda krav på erfarenhet och då bestämmelserna i 4 kap. 9 § LOU inte ger utrymme för något förtydligande eller komplettering av det slag som upphandlande myndighet behövde i aktuellt avseende, skulle anbudet från Randstad rätteligen ha förkastats.

Genom att anta anbudet från Randstad, trots att anbudet inte uppfyllt samtliga ställda krav, har kommunen enligt förvaltningsrättens mening handlat i strid med LOU. Förfarande har medfört att Vårdlänken lidit eller kunnat komma att lida skada eftersom Vårdlänken, som enda övrig anbudsgivare, hade tilldelats kontraktet om anbudet från Randstad förkastats. Grund för ett ingripande enligt LOU föreligger därmed. Ingripande sker lämpligen genom rättelse på så sätt att en ny utvärdering ska göras sedan anbudet från Randstad har förkastats.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Henrik Hedberg
Rådman

Anna Aktermo har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.