



**KAMMARRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 7

BESLUT

2011-05-26

Meddelat i Stockholm

Mål nr 2624-11

KONKURRENSVERKET	
2011-05-30	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLAGANDE

Bemannia AB, 556626-8347

Ombud:

Verkställande direktören Staffan Bruzelius och jur.kand. Amar Al-Djaber

Bemannia AB

Sveavägen 155

113 46 Stockholm

MOTPARTER

1. Nykvarns kommun, 212000-2999

2. Salems kommun, 212000-2874

3. Södertälje kommun, 212000-0159

4. Telge (i Södertälje) AB, 556307-6867

Ombud för 1-4:

Telge Inköp AB

Box 633

151 27 Södertälje

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrättens i Stockholm dom den 21 april 2011 i mål nr 4278-11,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avskriver målet.

Dok.Id 216828

Postadress
Box 2302
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls Torg 5

Telefon
08-561 690 00
E-post: kammarrattenistockholm@dom.se
www.kammarrattenistockholm.domstol.se

Telefax
08-14 98 89

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Bemannia AB (bolaget) överklagar förvaltningsrättens dom och yrkar bl.a. att den aktuella upphandlingen ska få avslutas först sedan rättelse har gjorts på visst sätt.

Kammarrätten har från Telge Inköp AB inhämtat uppgiften att de upphandlande myndigheterna i den aktuella upphandlingen har tecknat avtal med andra leverantörer än bolaget den 2 maj 2011.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

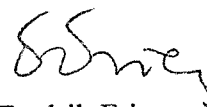
Av 16 kap. 10 § första stycket LOU framgår att när en förlängd avtalsspärr gäller enligt 9 §, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet. Av 16 kap. 13 § LOU framgår att överprövning av en upphandling inte får ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Eftersom det har gått mer än tio dagar sedan förvaltningsrätten avgjorde målet och då avtal har slutits därefter är kammarrätten förhindrad att överpröva den aktuella upphandlingen. Målet ska därför avskrivas från vidare handläggning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).




Eva Lindeblad
kammarrättsråd
ordförande



Fredrik Fries
kammarrättsråd
referent



Rolf Bohlin
kammarrättsråd



Jonas Englund
föredragande



SÖKANDE

Bemannia AB, 556626-8347
Sveavägen 155
113 46 Stockholm

Ombud: Jur.kand. Amar Al-Djaber
Bemannia AB
Sveavägen 155
113 46 Stockholm

Ombud: Staffan Bruzelius
VD, Bemannia AB
Sveavägen 155
113 46 Stockholm

MOTPARTER

Nykvärns kommun, 2120000-299
155 80 Nykvarn

Salems kommun, 2120000-2874
144 810 Rönninge

Södertälje kommun, 212000-0159
151 89 Södertälje

Telge AB, 556307-6867
Box 633
151 27 Södertälje

Ombud:
Telge Inköp AB
Box 633
15127 Södertälje

SAKEN

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

DOMSLUT

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

Dok.Id 120237

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKRUND OCH YRKANDEN

Nykvarn, Salem och Södertäljes kommuner samt Telgekoncernen genomför en upphandling benämnd Upphandling av bemanningstjänster, Resurskonsulter för inhyrning inom Administration, HR och Ekonomi samt Marknad/kommunikation (beteckning TI 2010-0179). Upphandlingen genomförs med ett förenklat förfarande.

Kommunerna samt Telgekoncernen har, genom ombudet Telge Inköp AB, i tilldelningsbeslut den 21 februari 2011 beslutat att anta andra leverantörer än Bemannia AB.

Bemannia AB (bolaget) ansöker hos förvaltningsrätten om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolaget kvalificeras till utvärdering och som innehavande av lägsta pris tillsammans med hög kvalitet erbjudas att teckna avtal inom området Administration/Kontor och Marknad/Kommunikation. Bolaget yrkar även att anbudet från Proffice Sverige AB och Inhouse AB ska diskvalificeras på grund av att dessa inte var undertecknade av behöriga firmatecknare.

Nykvarn, Salem och Södertäljes kommuner samt Telgekoncernen (Telge) bestrider bifall till bolagets ansökan och yrkar att bolagets ansökan ska lämnas utan bifall och att upphandlingen kan avslutas genom tecknande av avtal i enlighet med tilldelningsbeslutet. I andra hand yrkar Telge att upphandlingen ska göras om.

UTVECKLANDE AV TALAN

Bolagets inställning

Upphandlingen av Personaluthyrningstjänster var uppdelad i två kompetensområden; Administration och Kontor m.fl. samt Marknad och kommunikation. Totalt innehöll kompetensområdet inom Administration och Kontor tolv tjänster samt åtta tjänster inom Marknad och Kommunikation. Bolagets anbud avsåg samtliga i förfrågningsunderlaget definierade kompetensområden och tjänster. Genom ett tilldelningsbeslut daterat den 21 februari 2011 framgår att Telge avsåg att teckna ramavtal med totalt två leverantörer per område, samt att bolaget inte tilldelats ramavtal. Bolaget begärde en skriftlig motivering från upphandlande myndighet med anledning av diskvalificeringen och fick veta att Telge diskvalificerat bolaget på följande fyra punkter:

- Bolaget uppfyller inte kravet i punkten 2.4 i förfrågningsunderlaget angående registreringskyldighet samt betalning av skatter och avgifter
- Kontroll enligt punkten 2.4.1. av bolaget gentemot Skatteverket har inte kunnat utföras
- Bolagets anbud är onormalt lågt
- Bolagets prisbilaga är ofullständigt

Telge har brutit mot de grundläggande principerna i gemenskapsrätten vid kvalificering, utvärdering och tilldelning av kontrakt. Telge har vid utvärderingen missgynnat bolagets anbud och favoriserat andra leverantörer på ett sätt som medfört att Telge brutit mot principerna om likabehandling, transparens och proportionalitet i 1 kap. 9 § LOU. Vidare har Telge diskvalificerat bolagets anbud utan sakliga skäl. Bolaget hade det lägsta anbudet i upphandlingen och riskerar därför att lida skada i form av ett förlorat kontrakt.

Telges inställning

Telge gör sammantaget gällande att man inte brutit mot de grundläggande principerna vid kvalificering, utvärdering och tilldelning av kontrakt. Man har inte heller missgynnat bolagets anbud eller favoriserat andra leverantörer. Bolagets anbud har inte diskvalificerats utan sakliga skäl.

Bolaget har inte uppfyllt vissa skalkrav enligt förfrågningsunderlaget

Bolagets inställning

Under rubriken "Registreringsskyldighet, betalning av skatter och avgifter" i avsnitt 2.4 anges bl.a. i tredje punkten att om underleverantörer anlitas ska anbudsgivaren beskriva hur man säkerställer att underleverantörer uppfyller föreskrivna registreringsskyldigheter.

Bolaget har uppfyllt kraven i de första punkterna genom att ge in registreringsbevis i samband med anbudets inlämnande och besvarat jakande att underleverantörer kommer att anlitas. Vad avser tredje punkten och beskrivning av hur bolaget ska säkerställa underleverantörers föreskrivna registreringsskyldigheter har bolaget i sitt anbud angett följande:

"Bemania AB anlitar dotterbolaget Bemania Kontor AB vid fullgörande av uppdrag, dotterbolaget har även personalansvar för samtliga uthyrda konsulter och därmed ska dotterbolaget i första hand bli föremål för SKV 4820-granskning. Se vidare underleverantörsbilaga för dotterbolaget Bemania Kontor AB".

Bolaget påpekar i detta avseende att kravet på förklaring på kontrollen av underleverantörer inte är tydligt utformat. Något registreringsbevis efterfrågas inte och det framgår inte heller hur en sådan beskrivning ska göras. För att redogöra för hur bolagets underleverantör uppfyller kraven på regi-

strering, betalning av skatter och avgifter har bolaget bifogat ett underleverantörsintyg där bolaget intygar att det inte omfattas av några omständigheter som medför att bolaget inte kvalificeras enligt 10 kap. LOU. Eftersom kravet i punkten 2.4 avseende underleverantör är så otydligt utformat bör vad bolaget anfört i sitt anbud anses uppfylla kraven i upphandlingen. Bolaget anlitar inga andra underleverantörer än dotterbolaget, vars styrelse är densamma som i moderbolaget. Den behöriga firmatecknaren är densamma, vilket framgår av underleverantörsintyget.

Den omständigheten att moderbolaget lämnar anbud men utnyttjar dotterbolagets kapacitet strider inte mot någon bestämmelse i upphandlingen. Underleverantörsintyget bör godkännas av Telge eftersom avtalet är undertecknat mellan två juridiska enheter och ska ses som en beskrivning av bolagets rutin för att kvalitetssäkra och kontrollera sin enda underleverantör.

Telges inställning

På grund av upphandlingens art, t.ex. att man vid leverans generellt efterfrågar en person med specialistkompetens som med kort varsel kan inställa sig och snabbt komma in i arbetet, vill de upphandlande myndigheterna inte i förfrågan begränsa leverantörernas tillgång till resurser. Man har därför valt att för upphandlingens avtalsperiod på minst två år lämna öppet för anbudsgivaren att fritt anlita underleverantörer, under förutsättning att leverantören tar hela ansvaret. Det är därför av betydelse att leverantören kan styrka att man bedriver ett systematiskt arbete och har en etablerad rutin för kontroll av sina underleverantörer och den arbetskraft som anlitas oavsett. Det ska beskrivas enligt kravet i förfrågningsunderlaget (punkten 2.4).

Bolaget har inte beskrivit det som efterfrågas i nämnda punkt i förfrågningsunderlaget utan begärt att en underleverantör ska prövas. Skallkravet är inte uppfyllt och att tillmötesgå bolagets begäran skulle innebära förbe-

håll och avsteg från likabehandling av anbudsgivarna. Bolaget hänvisar till att underleverantören är ett dotterbolag, att styrelsen och adressen är densamma och att underleverantören tar ansvar för sin egen verksamhet genom ett underleverantörsintyg som bifogats. Det utgör inget hinder att underleverantörer är dotterbolag men Telge förbehåller sig rätten att pröva den juridiska person som kan komma att utgöra part i ett juridiskt bindande avtal.

Bolaget har inte kunnat kontrolleras avseende betalning av skatter och avgifter

Bolagets inställning

Det är mycket anmärkningsvärt att Telge genomfört en SKV – 4820 granskning på moderbolaget trots att bolaget redovisat att samtliga anställda som bolaget avser nyttja vid utförandet av uppdrag är anställda av dotterbolagen Bemannia Kontor AB. Bolaget har begärt att man i första hand skulle lämna in ansökan om en SKV – 480 på dotterbolaget. Eftersom bolaget redogjort för sin avsikt på ett tydligt sätt bör det i detta avseende vara klargjort att bolaget inte betalar arbetsgivaravgifter på grund av att dotterbolaget står som ansvarigt för anställda konsulter och övrig personal.

Telges inställning

Telge efterfrågar leverantörer med kapacitet för leverans av den omfrågade tjänsten. Den leverantör som kan styrka sin kapacitet och att det finns rutiner för att säkerställa kontrollen av underleverantörer kan sedan fritt använda dessa resurser vid leverans.

UTREDNINGEN I MÅLET

Av förfrågningsunderlaget framgår under avsnitt 2.4 följande:

”Leverantören **ska** ha fullgjort föreskrivna registreringsskyldigheter, d.v.s. vara registrerad i aktiebolags- eller handelsregister eller motsvarande register, som förs i det land där leverantörernas verksamhet är registrerad. Motsvarande krav gäller för eventuella av leverantörerna anlitate underleverantörer. Anbudet **ska** innehålla:

Kopia på anbudsgivande företags registreringsbevis utfärdat av behörig officiell myndighet (i Sverige **Bolagsverket** för aktiebolag med flera).

Registreringsbevis bifogat:

Anbudsgivaren **ska** ange ifall underleverantör kommer att anlitas för genomförande av uppdraget.

Underleverantör kommer att anlitas:

För de fall underleverantör anlitas för genomförande av uppdraget **ska** anbudsgivaren beskriva hur anbudsgivaren säkerställer att underleverantören uppfyller föreskrivna registreringsskyldigheter”.

Under punkten 2.4.1. anges bl.a. följande:

”Kontroll av leverantörernas inbetalning av lagstadgade skatter och avgifter samt registreringsskyldigheter kommer att ombesörjas av Telge Inköp genom att offentliga uppgifter inhämtas från Skatteverket. Leverantör **ska** vara utan anmärkning med avseende på inbetalning av lagliga skatter och avgifter samt registreringsskyldigheter för att kvalificera sig i denna upphandling.”

DOMSKÄL

I målet aktuella bestämmelser m.m.

Av 1 kap. 4 § LOU följer att en upphandling ska göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärs- mässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn.

I 1 kap. 9 § LOU stadgas följande. Upphandlande myndigheter ska 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.

Av 16 kap. 1 § följer att en leverantör som anser sig lidit skada eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

I 16 kap. 5 § stadgas att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Grund för att ingripa mot en upphandling kan föreligga om det visas att den upphandlade myndigheten inom ramen för upphandlingen åsidosatt eller brutit mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av principen om likabehandling av leverantörer följer att samtliga anbud ska vara i överensstämmelse med bestämmelserna i förfrågningsunderlaget för att säkra möjligheten till en objektiv jämförelse av anbudena. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 5 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att det visas att sökanden har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU. Förvaltningsrätten har att, utifrån de omständigheter som sökanden åberopat, pröva om någon överträdelse av LOU har skett samt att därefter självständigt pröva vilken åtgärd som kan komma i fråga (jfr RÅ 2009 ref. 69 och RÅ 2005 ref. 47).

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget uppfyller inte vissa skallkrav

Bolaget har i sitt anbud angett att man anlitar dotterbolaget Bemannia Kontor AB som underleverantör och att dotterbolaget har personalansvar för samtliga uthyrda konsulter och därför i första hand ska bli föremål för granskning avseende skatter och avgifter. Det framgår tydligt i förfrågningsunderlaget att anbudsgivaren ska ha fullgjort föreskrivna registreringskyldigheter och att motsvarande gäller för eventuella anlitade under-

leverantörer. Det anges även som ett skallkrav att anbudsgivaren ska beskriva *hur* underleverantören uppfyller de uppställda kraven avseende dessa skyldigheter. Bolaget har i anbudet angett att dotterbolaget Bemannia Kontor AB kommer att anlitas och att dotterbolaget i första hand ska granskas. Bolaget kan därför inte anses ha uppfyllt skallkraven i detta avseende. Vad som framgår i det underleverantörsintyg bolaget bifogat till anbudet föranleder ingen annan bedömning.

Telge har även anfört att man inte kunnat utföra en kontroll hos Skatteverket avseende bolagets betalningar av skatter och avgifter, en s.k. SKV – 480. Bolaget har invänt att man särskilt begärt att sådan kontroll skulle göras på underleverantören tillika bolagets dotterbolag i stället samt att det inte var möjligt att lämna anvisningar om skatter och avgifter i punkten 2.4.1. och att bolaget därför lämnat sådana anvisningar i avsnitt 2.4. Förvaltningsrätten bedömer i detta avseende att det under nämnda punkter i förfrågningsunderlaget anges som ett krav att Telge förbehåller sig rätten att kontrollera anbudsgivaren avseende betalningar av skatter och avgifter, inte underleverantören.

De krav som en upphandlande myndighet ställer i förfrågningsunderlaget kan uttryckas i så kallade skallkrav, vilka är ovillkorliga för att anbud ska komma ifråga för antagande. Ett anbud som inte uppfyller samtliga ställda skallkrav får inte antas eftersom det skulle strida mot principen om likabehandling av anbudsgivarna.

Mot bakgrund av det anförda bedömer förvaltningsrätten att Telge haft fog för beslutet att inte anta bolaget som anbudsgivare i den aktuella upphandlingen. Telge kan därför inte anses ha handlat i strid med LOU. De gemenskapsrättsliga principerna om transparens, förutsebarhet och likabehandling har därmed tillgodosetts.

Vad bolaget anfört ger därför inte stöd för att de grundläggande principerna i LOU eller i de gemenskapsrättsliga reglerna åsidosatts på sådant sätt att bolaget lidit eller har kunnat komma lida skada. Mot denna bakgrund saknas skäl att bedöma om dessa principer eller regler åsidosatts av Telge genom att anta anbuden från Proffice Sverige AB och Inhouse AB.

Förutsättningar för ingripande från domstolens sida föreligger därmed inte och bolagets ansökan ska lämnas utan bifall.

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



Magnus Åhammar

Rådman

Föredragande har varit Johanna Segerheim.

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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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 undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.