



KONKURRENSVERKET	
2011-05-06	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLAGANDE

Bemannia AB, 556626-8347
Sveavägen 155
113 46 Stockholm

MOTPART

Solna stad
171 86 Solna

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

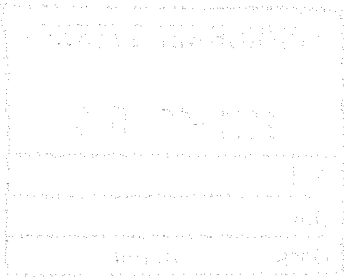
Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 16 juli 2010 i mål nr 32083-10,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.



BAKGRUND

Solna stad offentliggjorde den 29 oktober 2009 ett förfrågningsunderlag avseende upphandling av bemanningstjänster. Upphandlingen genomfördes som en förenklad upphandling av B-tjänster enligt 15 kap. LOU. Den delades in i fyra avtalsområden, bl.a. ”vård/omsorg” och ”ekonomi/-administration”. Tre leverantörer skulle antas inom varje avtalsområde och de antagna leverantörerna skulle rangordnas. Av förfrågningsunderlaget framgick bl.a. att anbudsgivare som var auktoriserade bemanningsföretag skulle gynnas på visst sätt vid utvärderingen av anbudet. Anbudstiden gick ut den 30 november 2009.

Solna Stad meddelade den 17 februari 2010 tilldelningsbeslut i vilket anbudsgivaren Bemannia AB (Bemannia) rangordnades högst inom avtalsområdet ”ekonomi/administration”.

En leverantör ansökte hos Förvaltningsrätten i Stockholm (mål nr 24056-10) om överprövning av upphandlingen i den delen den avsåg ”vård/omsorg”. I sin dom i målet den 20 maj 2010 fastslog förvaltningsrätten att utvärderingskriteriet auktorisation stod i strid med 1 kap. 9 § LOU. Förvaltningsrätten fann vidare att detta utvärderingskriterium medfört att konkurrensen bland anbudsgivarna starkt hade begränsats samt att potentiella anbudsgivare från övriga medlemsstater hade riskerat att utsättas för diskriminering. Förvaltningsrätten konstaterade dessutom att det aktuella utvärderingskriteriet med hänsyn till EU-domstolens fasta praxis inte uppfyllt kraven på proportionalitet. Förvaltningsrätten angav att utvärderingskriteriet påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede och förordnade därför att upphandlingen avseende avtalsområdet ”vård/omsorg” skulle göras om. Förvaltningsrättens dom överklagades inte.

Solna stad beslutade den 28 maj 2010 att avbryta upphandlingen även i fråga om de övriga tre avtalsområdena och att upphandlingen i dess helhet skulle göras om. Av beslutet framgår att Solna stad hade tillämpat utvärderingskriteriet om auktorisation såväl inom avtalsområdet "vård/omsorg" som i de övriga delarna i upphandlingen och att risk förelåg att leverantörer kunde komma att lida skada om upphandlingen fullföljdes i övriga delar.

Bemannia ansökte hos Förvaltningsrätten i Stockholm om överprövning av Solna stads beslut att avbryta upphandlingen (mål nr 32083-10). Förvaltningsrätten avtog i domen den 16 juli 2010 Bemannias ansökan.

YRKANDEN M.M.

Bemannia fullföljer sin talan och anför bl.a. följande.

Regler om gynnande förvaltningsbeslut innebär att ett beslut som en myndighet har fattat ändå gäller trots felaktigheter eller brott mot gällande rätt om det är ett gynnande beslut för den enskilde. Upphävande av gynnande beslut får i princip ske endast om det finns fara för säkerheten eller om ett beslut är förenat med förbehåll.

Leverantörer som ansett sig vara missgynnade har haft möjlighet att vända sig till förvaltningsrätten för att pröva upphandlingen i sak. Endast en leverantör har begärt överprövning av tilldelningsbeslutet avseende en av de fyra tjänstekategorierna i upphandlingen. Ingen leverantör har ansökt om överprövning i fråga om de andra delarna. Förvaltningsrätten har endast förordnat att en del av upphandlingen ska göras om och inte samtliga delar av upphandlingen. Solna stad har därefter inte rätt att på eget initiativ avbryta hela upphandlingen. Detta strider både mot proportionalitetsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar. Solna stad har heller inte kunnat visa att starka skäl föreligger för avbrytande av upphandlingen.

Hovrätten över Skåne och Blekinge har nyligen i ett mål om skadestånd enligt LOU fastställt att leverantörer och anbudsgivare för att begränsa sin skada måste begära överprövning av felaktigheter i offentliga upphandlingar. Den leverantör som inte har visat rimlig aktsamhet för att begränsa sin skada har inte rätt till skadestånd på grund av felaktigheter i upphandlingen.

För att ha rätt till skadestånd enligt LOU måste en leverantör således först ha ansökt om överprövning. I och med att Solna stads upphandling inte har varit föremål av överprövning, åtminstone inte i den nu aktuella delen, får upphandlingen inte avbrytas på grund av en eventuell risk för skadeståndstalan.

Skulle Solna stad tilldela kontrakt till Bemannia och övriga vinnande leverantörer går rätten till överprövning förlorad efter tidpunkten då kontrakt sluts. Inga leverantörer kan därefter kräva Solna stad på skadestånd och något skäl för att avbryta upphandlingen finns därför inte.

Solna stad bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande.

Solna stad anser att ett tilldelningsbeslut enligt bestämmelserna i LOU inte utgör ett beslut enligt förvaltningslagen (1986:223). Förvaltningslagens regler om gynnande förvaltningsbeslut är därmed inte tillämpliga i detta fall.

Av förvaltningsrättens dom den 20 maj 2010 i mål nr 24056-10 framgår att användandet av utvärderingskriteriet auktorisation innebar att fel begåtts i upphandlingen. Solna stad genomförde med anledning av domen en egen prövning mot överprövnings- och skaderekvisiten i 16 kap. LOU och kunde konstatera att den personkrets som har talerätt och är berättigad till skadestånd enligt LOU är en bredare krets än bara befintliga anbudsgivare. Det kan finnas leverantörer som har avstått från anbudsgivning till följd av att förfrågningsunderlaget innehöll diskriminerande villkor. För det fall

Solna stad skulle fullfölja upphandlingen i dess helhet riskerar staden att bli skadeståndsskyldig gentemot sådana leverantörer.

Solna stad anser att det föreligger sakliga skäl för avbrytande av upphandlingen. Solna stad har inte bara rätt att avbryta upphandlingen i detta fall utan till och med en skyldighet att avbryta upphandlingen i dess helhet och göra om densamma.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om Solna stad har haft rätt att avbryta upphandlingen av bemanningstjänster i fråga om avtalsområdet ”ekonomi/administration”.

Av rättspraxis följer att ett beslut att avbryta en upphandling måste grundas på sakligt godtagbara skäl och att det inte får vara godtyckligt. Ett sådant beslut måste vidare följa de grundläggande reglerna i EU-fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet (se RÅ 2009 ref. 43).

Bemanning har gjort gällande att Solna stads tilldelningsbeslut den 17 februari 2010 utgjort ett gynnande förvaltningsbeslut som inte fått återkallas i den del det avser avtalsområdet ”ekonomi/administration”, dvs. att avbrytande inte fått ske efter det att tilldelningsbeslutet i denna del meddelades.

Kammarrätten konstaterar att något stöd i praxis för att en upphandling inte får avbrytas sedan tilldelningsbeslut meddelats inte finns.

Vidare kan tilldelningsbeslut enligt kammarrättens mening inte anses få negativ rättskraft enligt allmänna förvaltningsrättsliga principer, jfr Kammarrätten i Stockholms beslut den 19 juli 2010 i mål nr 3503-10.

Det finns, som Bemannia har påpekat, i unionsrätten en princip om skydd för berättigade förväntningar, enligt vilken förvaltningsbeslut som är gynnande för enskild endast under vissa förutsättningar får återkallas (se t.ex. EU-domstolens avgörande i mål C-90/95 P, *Henri de Compté mot Europaparlamentet*). Principen har ansetts vara tillämplig på beslut om upphandling (Tribunalens avgörande i mål T-376/05 m.fl., *TEA-CEGOS m.fl. mot kommissionen*).

I avgörandet *TEA-CEGOS* uttalade Tribunalen bl.a. följande (stycke 88).

Förstainstansrätten vill - - - erinra om att enligt fast rättspraxis tillkommer rätten att göra anspråk på skydd för berättigade förväntningar, vilken utgör en av gemenskapens grundläggande principer, varje enskild som befinner sig i en situation av vilken det framgår att gemenskapsadministrationen, genom att ge tydliga försäkringar, har väckt grundade förhoppningar hos denne. Tydliga, ovillkorliga och samstämmiga uppgifter från behörig och tillförlitlig källa utgör, oavsett i vilken form de har lämnats, en sådan försäkran - - -. Däremot kan ingen med framgång göra gällande att denna princip har åsidosatts om administrationen inte har givit någon tydlig försäkran - - -.

Kammarrätten konstaterar att det beträffande den del av upphandlingen som avser "ekonomi/administration" har funnits möjlighet att få till stånd en överprövning fram till dess att det funnits ett kontrakt (jfr 16 kap. 1 § tredje stycket LOU). Kammarrätten konstaterar vidare att det i Solna stads tilldelningsbeslut den 17 februari 2010 anges att "[s]taden är inte bunden av avtal förrän staden skriftligen undertecknat upphandlingskontrakt".

Kammarrätten drar mot bakgrund härav slutsatsen att tilldelningsbeslutet inte har varit ovillkorligt. Kammarrätten finner därför att tilldelningsbeslutet inte har skapat sådana berättigade förväntningar för Bemannia som medför att Solna stad varit förhindrad att avbryta upphandlingen i fråga om avtalsområdet "ekonomi/administration" efter det att tilldelningsbeslut meddelades.

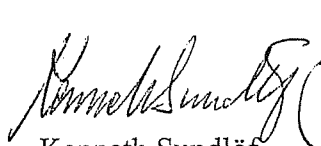
Frågan är då om Solna stad haft sakliga skäl att avbryta nu aktuell del av upphandlingen.

Solna stad har anfört att om upphandlingen hade fullföljts och kontrakt tecknats i de delar som inte varit föremål för överprövning riskerade staden att bli skadeståndsskyldig mot en krets av leverantörer. Bemannia har mot detta invänt att en leverantör inte har rätt till skadestånd om denne inte först utnyttjat sin rätt till överprövning, något som inte har skett i fråga om den nu aktuella delen av upphandlingen.

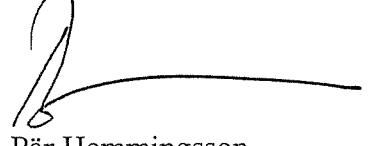
Det som Solna stad har anfört om risken för skadeståndsskyldighet gentemot leverantörer framstår enligt kammarrättens uppfattning inte som ogrundat, särskilt mot bakgrund av att förvaltningsrätten i en dom funnit att det tillämpade utvärderingskriteriet auktorisation inte var förenligt med LOU och unionsrätten. Kammarrätten finner med hänsyn härtill att Solna stad har haft sakliga skäl för sitt beslut att avbryta upphandlingen. Beslutet att avbryta upphandlingen kan inte heller anses oproportionerligt mot bakgrund av att förvaltningsrätten i mål nr 24056-10 funnit att utvärderingskriteriet påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede.


Sammanfattningsvis finner kammarrätten att det inte finns skäl för att ingripa mot Solna stads beslut att avbryta upphandlingen. Bemannias överklagande ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Kenneth Sundlöf
kammarrättsråd
ordförande


Astrid Eke
kammarrättsråd


Pär Hemmingsson
kammarrättsråd
referent


Per G. Andersson
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-07-16
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
32083-10
Enhet 12

Sida 1 (6)

Bilagga A.

SÖKANDE

Bemannia AB, 556626-8347
Sveavägen 155
113 46 Stockholm

MOTPART

Solna stad
171 86 Solna

SAKEN

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

DOMSLUT

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

Dok.Id 40645

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND

Solna stad (staden) har den 28 maj 2010 beslutat att avbryta upphandling avseende bemanningstjänster inom fyra olika verksamhetsområden med dnr KS 2009:233. Som skäl för beslutet angavs följande. Staden har genom en dom från Förvaltningsrätten i Stockholm i mål nr 24056-10, förordnats att göra om upphandlingen i den del som avser Vård/omsorg med hänsyn till att det kvalitetskriterium som uppställdes i upphandlingen strider mot 1 kap. 9 § LOU. Då Solna stad har tillämpat samma utvärderingskriterium i de övriga delarna i upphandlingen riskerar leverantörer att lida skada om upphandlingen fullföljs även i övriga delar.

YRKANDEN, M.M.

Bemannia AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att stadens beslut om avbrytande ska ogiltigförklaras och att förvaltningsrätten ska förordna att staden ska slutföra upphandlingen enligt tilldelningsbeslut daterat den 17 februari 2010. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen av anbuden inte ska ta hänsyn till kravet på auktorisation. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Enligt domstolspraxis är det en förutsättning för att upphandlande myndigheter ska få avbryta en upphandling att de kan påvisa sakliga skäl för avbrytandet. Det föreligger inte några sakliga skäl för avbrytande av nu aktuell upphandling. Endast en leverantör har tidigare överprövat beslutet i upphandlingen och då avseende endast ett av de fyra verksamhetsområdena. Förvaltningsrätten har därefter i mål 24056-10 förordnat att endast denna del av upphandlingen ska göras om. Staden har till följd härav inte rätt att avbryta hela upphandlingen då detta strider mot både proportionalitetsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar, EG-rättens domar mål 14/81, 15/85, C-248/89, C-365/89. Förstainstansrätten har tydligt markerat att tilldelningsbeslut även omfattas

av den sistnämnda principen. Proportionalitetsprincipen innebär att åtgärder som den upphandlande myndigheten iakttar inte får gå utöver vad som är nödvändigt. Förstainstansrätten har i en dom påpekat att ett gynnande förvaltningsbeslut i allmänhet endast får återkallas om mycket strikta villkor är uppfyllda (domstolens dom den 9 mars 1978 i mål 54/77, Herpels mot kommissionen, REG 1978, s. 585, punkt 38). Ett tilldelningsbeslut har enligt gemenskapsnivå ansetts utgöra ett, för den vinnande leverantören, gynnande förvaltningsbeslut som endast får återkallas efter särskilda omständigheter.

Vidare går beslutet att avbryta upphandlingen tilldelade leverantörer emot efter att tilldelningsbeslut meddelats, vilket inte är tillåtet om det inte finns mycket starka skäl för det. Staden kan inte hänvisa till att risk för överprövningar föreligger eller risk för skadestånd som sakliga omständigheter för avbrytande av upphandlingen eftersom det alltid finns en risk att upphandlingar blir överprovade. Kravet på auktorisation har i upphandlingen endast uppställts som ett utvärderingskrav och inga hinder har uppställts för att förhindra icke auktoriserade leverantörer från att delta i upphandlingen. Trots att bolaget inte är auktoriserat lyckades bolaget placera sig som rangordnad etta inom ett verksamhetsområde i upphandlingen. Leverantörer som ansett sig vara missgynnade av detta krav har haft möjlighet att vända sig till förvaltningsrätten för att pröva upphandlingen i sak. Det har varit förenat med kostnader att ta fram anbudet och risken att vid en ny upphandling gå miste om ett avtal innebär att bolaget lider ekonomisk skada till följd av stadens beslut att avbryta upphandlingen.

Staden bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Staden har genomfört en upphandling av bemanningstjänster i fyra från varandra oberoende delar. Samtliga delar utvärderas enligt likadana utvärderingskriterier. Av Förvaltningsrätten i Stockholm dom i mål nr 24056-10 den 20 maj 2010 framgår att utvärderingskriteriet om

auktorisation innebar att fel begicks i upphandlingen. Staden genomförde med anledning av nämnda dom en egen prövning mot överprövnings- och skaderekvisiten i 16 kap. LOU och fann att den personkrets som har talerätt och är berättigad till skadestånd enligt LOU är en bredare krets än endast befintliga anbudsgivare. Det kan finnas leverantörer som har avstått från anbudsgivning till följd av att förfrågningsunderlaget innehöll diskriminerande villkor. För det fall staden fullföljer upphandlingen i sin helhet riskerar staden att bli skadeståndsskyldig gentemot sådana leverantörer. Med hänsyn härtill föreligger det sakliga skäl för avbrytande av upphandlingen. Staden har inte bara rätt utan har till och med en skyldighet att avbryta upphandlingen i sin helhet och göra om densamma. Ett tilldelningsbeslut enligt bestämmelserna i LOU utgör inte ett beslut enligt förvaltningslagen varför förvaltningslagens regler om gynnande förvaltningsbeslut inte är tillämpligt i detta fall.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår följande. 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Av praxis framgår att riktigheten av ett beslut att avbryta en upphandling som fattats av den upphandlande enheten kan överprövas av allmän förvaltningsdomstol och i förekommande fall ogiltigförklaras. Det saknas bestämmelser i LOU som reglerar under vilka omständig-

heter en upphandling får avbrytas och vägledning härför får hämtas från rättspraxis. En upphandlande enhets beslut att avbryta en påbörjad upphandling ska motiveras av sakliga skäl som överensstämmer med grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling (jfr. rättsfallet RÅ 2005 ref.62). Det ankommer på den upphandlande myndigheten att visa att det förelegat sakliga skäl att avbryta en pågående upphandling. Frågan i målet är således om staden har haft sakliga skäl att avbryta den i målet aktuella upphandlingen.

Staden har motiverat sitt beslut att avbryta aktuell upphandling med att det kvalitetskriterium om auktorisation som uppställdes i upphandlingen strider mot 1 kap. 9 § LOU. Vidare angavs att Förvaltningsrätten i Stockholm i dom den 20 maj 2010 i mål 24056-10 har förordnat om att upphandlingen ska göras om i den del som ansökan om överprövning avsåg och genom att staden har tillämpat samma utvärderingskriterium i de övriga delarna i upphandlingen riskerar leverantörer att lida skada om upphandlingen fullföljs även i övriga delar. Det kan finnas leverantörer som har avstått från anbudsgivning till följd av att förfrågningsunderlaget innehöll diskriminerande villkor och staden kan riskera att bli skadeståndsskyldig gentemot sådana leverantörer.

Kammarrätten i Stockholm har i dom den 21 december 2004 i mål nr 4828-04 funnit att risken för ytterligare överprövningar på grund av brister i förfrågningsunderlaget utgör sakliga skäl för att avbryta en upphandling.

Förvaltningsrätten i Stockholm har i dom den 20 maj 2010 i mål nr 24056-10 bland annat funnit att utvärderingskravet avseende auktorisation inte är förenligt med principerna om icke-diskriminering, likabehandling och proportionalitet och att konkurrensen bland anbudsgivarna har starkt begränsats, samt att potentiella anbudsgivare från övriga medlemsstater har

riskerat att utsättas för diskriminering. Eftersom bristerna i upphandlingen påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede förordnades att upphandlingen skulle göras om.

Det är i målet ostridigt att staden har tillämpat samma utvärderingskriterium avseende auktorisation i samtliga fyra verksamhetsområden av upphandlingen. Med hänsyn härtill, till vad som framkommit av dom i mål 24056-10 och till vad staden anfört finner rätten att staden haft sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Det har i målet inte heller framkommit att de grundläggande principerna i LOU och gemenskapsrätten har trätts för när. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a).



Patrik Ernby

Förvaltningsrättsassessor

Föredragande har varit Åsa Backholm.

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.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 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 för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.