

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**
Allmänna avdelningen

DOM
2009-11-03
Meddelad i Stockholm

Mål nr
19170-09
Enhet 15

SÖKANDE

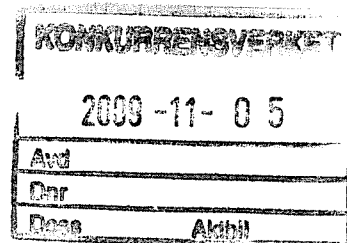
Bemannia AB, 556626-8347
Sveavägen 155
113 46 Stockholm

MOTPART

Solna stad
171 86 Solna

SAKEN

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

**DOMSLUT**

Länsrätten förordnar att Solna stads upphandling av kontorservice och vaktmästeritjänster med referensnummer KS 2009:109, får avslutas först sedan rättelse i form av att en ny utvärdering vid vilken Bemannias anbud anses som kvalificerat för utvärdering har genomförts.

Länsrättens interimistiska beslut den 28 september 2009 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas upphör därmed att gälla.

Dok.Id 468778

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

BAKGRUND

Solna stad (staden) genomför en upphandling av kontorsservice och vaktmästeritjänster till stadshus, referensnummer KS 2009:109.

Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling. Staden har i tilldelningsbeslut meddelat den 21 september 2009 antagit annat anbud än anbudet från Bemannia AB (Bemannia).

Länsrätten har den 28 september 2009 interimistiskt förordnat att staden inte får avsluta upphandlingen.

YRKANDE M.M.

Bemannia ansöker om överprövning och yrkar i första hand att länsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. I det fall upphandlingen fullföljs yrkar Bemannia i andra hand på skadestånd för förlorad handelsvinst under hela den avtalsperiod som upphandlingen avser. Till stöd för yrkandet anförs i huvudsak följande. Staden har haft som skullkrav att all personal hos den befintliga leverantören ska gå över till en ny leverantör. Personalen som arbetar i verksamheten är den befintliga leverantörens, Kallma kontorsservice Solna AB (Kallma), personal och inte den upphandlande myndighetens. Denna tolkning är tveksam med tanke på att samtliga anställningsförhållanden måste vara redovisade under upphandlingen, vilket de inte varit. Kallma, som också är vinnande anbudsgivare i upphandlingen, har vägrat all form av samarbete och har aktivt hindrat andra anbudsgivare att besöka verksamhetslokalerna och träffa den personal som omfattas av skullkravet. Enligt Bemannias uppfattning har staden, mot bakgrund av bestämmelserna i lagen (1976:580) om anställningsskydd (LAS), inte haft den insyn i avgående leverantörs verksamhet som krävs för att kunna göra en rimlig och rättvis bedömning i detta avseende. Bemannia har inte fått sakliga och fullvärdiga underlag om de omfattade personernas anställningsförhållanden eller annan väsentlig information som är viktig vid en anställningsövergång.

Detta är en mycket viktig del i det ekonomiska underlaget för övertagande av verksamhet och personal och beräkning av vilken kostnadstäckning som erfordras. Frågeställningen ska också ses mot bakgrund av möjlighet till omplacering m.m. som kan bli aktuell inom anbudsgivarens egen verksamhet. Kallma har haft sådan insyn i anställningsförhållandena och verksamhetsplaneringen att Bemannia inte haft en rimlig chans att på ett vederhäftigt sätt kunna räkna för att ta det ansvar som anges i 6 b/25 §§ LAS.

Kallma har haft uppdraget i ett antal år och har debiterat över 8 miljoner kronor per år under denna period. När nu staden har beslutat att upphandla verksamheten med enligt LOU så har Kallmas kostnadsersättning per år minskat med närmare 3,5 miljoner kronor. Bemannia har också funnit att den nuvarande leverantörens anbud innehåller sakfel och räknefel till ett värde av 239 250 kr. Sakfelet hänför sig till avsnitt "d" i prisbilagan där staden har angett antalet till 8 000 st "Kaffe/te, ostfralla med grönsak" och inte 25 stycken som framgår av det angivna anbudet. Staden har i detta avseende själv gått in i det angivna anbudet från Kallma och rättat anbudet. I det ena fallet så rättar staden inkomna anbud och i Bemannias fall diskvalificerar staden det inlämnade anbudet. Detta torde strida mot kravet att alla leverantörer ska behandlas lika.

Bemannia har gjort en beräkning på det underlag som staden har redovisat och då framkommer det att om det endast räknas på faktiska lönekostnaderna överstiger de den befintliga leverantörens slutpris i anbudsdel "a" (i denna del omfattas även hyra av lokal, maskinpark, inventarier, bilar för postutdelning, lokalvård m.m.). Den faktiska lönekostnaden blir 191 570 kr jämte pensionsavsättning.

Pensionsavsättning som Bemannia inte har kunnat räkna på av de skäl som angetts ovan. Bemannia har dock lämnat en reservation i anbudet vilket staden borde ha kunnat bortse ifrån under förutsättning att de känt till bakomliggande fakta. De förutsättningar som angavs, sex person med

månadslön om 21 500 kr exklusive semesterersättning om 13 % ger tillsammans med sociala avgifter en kostnad om 191 570 kr per månad. Kallma har angett 180 000 kr per månad vilket är orimligt lågt för den som inte har full insyn i personalplaneringen. Bemannia anser att staden borde ha reagerat mot detta under anbudsgranskningen. Kallma har haft sådan insyn i verksamheten, dess behov historiskt och för framtiden att de troligtvis har kunnat planera en omstrukturering hos sin egna personal som ingen annan anbudsgivare har kunnat räkna på. Eftersom anbudsgivarna är bundna av de skallkrav som staden har angivit vid verksamhetsövergång är förutsättningarna för anbudsgivarna olika. Bemannia anser sig även ha missgynnats av att dess anbud har förkastats och inte granskats av den anledningen att de gjort en reservation för de skyldigheter som föreligger enligt lag. Även om Bemannia har använt termen "reservationer" så innehåller själva texten inte någon reservation i egentlig mening. Den åsyftade texten bygger på lagtexten i 6 b och 25 §§ LAS.

Staden bestrider bifall till ansökan och yrkar såvitt nu är aktuellt, att länsrätten dels avslår yrkandet om att upphandlingen ska göras om, dels avvisar yrkandet om skadestånd. Till stöd för sin talan anför staden huvudsakligen följande. Bemannia har lämnat ett anbudspris som vida överstiger övriga anbud. Anbudet svarar därutöver inte mot de kvalitetskriterier som kvalificerade anbud utvärderas mot. Bemannia skulle vid kvalificering ha behövt lämna ett så pass lågt anbudspris att anbudet i så fall skulle ha förkastats på grund av det hade varit orimligt lågt. Det är uppenbart att Bemannia inte under några omständigheter skulle ha kunnat vinna upphandlingen och att det därmed inte heller har lidit någon skada. Staden har tydligt angivit mot vilka rekvisit och mot vilken bakgrund som 6 b § lagen LAS har skrivits in som ett skallkrav i förfrågningsunderlaget. Istället för att begära överprövning av förfrågningsunderlaget i juni 2009 har Bemannia valt att vänta till dess att innehållet i samtliga anbud är kända. Bemannia kan därför inte anses ha lidit någon skada på grund av några krav kopplade till 6 b § LAS.

Vid verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS följer arbetstagarens rättigheter och skyldigheter mot tidigare arbetsgivare med till ny arbetsgivare. Avgående entreprenör har således snarare en konkurrensnackdel då denna riskerar att stå kvar med personal som vägrar övergång. Bemannia har accepterat att ta över personalen och lämnat detaljerad information om hur detta ska genomföras i sitt anbud. Trots att det strider mot 6 b § LAS och lämnad information om viss kvarstående semester har Bemannia uttryckligen reserverat sig mot detta. För staden är det av synnerlig vikt att oklarheter runt bemanning inte finns i samband med verksamhetsövergången. Kontorsservice måste kunna utföras utan avbrott och kännbara störningar även under ett entreprenörsbyte. Detta har tydliggjorts både i förfrågningsunderlagets punkter 3.22 och 4.2 samt i svar på frågor under anbudstiden den 6 juni kl. 15:34 samt den 22 juni kl. 10:25.

Staden har både i annonsen och i förfrågningsunderlag angivit att det totala årliga kontraktsvärdet av upphandlingen uppskattas till 5 miljoner kr. Anbud ska lämnas på det aktuella förfrågningsunderlaget och inte på tidigare avtalsförhållanden. Anbudssumman för inlämnade anbud, undantaget Bemannias anbud, sammanfaller med något enstaka undantag väl med stadens uppskattning. Påståendet att avgående entreprenör har haft konkurrensfördelar stämmer inte och avgående entreprenör har inte ens lämnat det lägsta priset.

Staden har på förfrågan från anbudsgivare lämnat kompletterande upplysningar om att den nya entreprenaden skiljer sig från den tidigare på flera punkter. Detaljerad information har också lämnats både i förfrågningsunderlaget och på förfrågan gällande personalen, dess löner, sysselsättningsgrad, anställningstid, ålder, inbetalning av pensionsåtaganden, kvarstående semesterskulder, körkortsinnehav och gällande kollektivavtal. Bemannia har dessutom i sitt anbud angivit att de

bedömer att personal som övertas har erforderlig kompetens och utbildning för uppdraget. Att förvänta sig att personalen ska behöva träffa och förhöras av i detta fall 14 anbudsgivare faller på sin egen orimlighet.

Visning av stadshuset har skett i samråd med stadens säkerhetschef och chefen för kommunstyrelsens kansli. Totalt genomfördes 14 visningar och därefter har dessa detaljerat dokumenterats och delgetts anbudsgivarna den 22 juni kl. 11:02. Vad gäller tillträde till de aktuella lokalerna har detaljerad information lämnats i form av tydlig ritning och beskrivning. Faktiska lossnings- och lastningsförhållanden på entréplan och garageplan har demonstrerats. Vidare har lokalerna visats översiktligt genom glasruta på våningen ovanför med hänsyn till pågående val till Europaparlamentet och omständigheten att det i lokalerna hanteras sekretessbelagda handlingar. De aktuella lokalerna är så pass enkla i sin utformning att någon visning inne i lokalerna varken gjort till eller ifrån i anbudssammanhang.

Påståendet att avgående entreprenör har motverkat anbudsgivningen tillbakavisas med kraft. Avgående entreprenör har på alla sätt, både på förfrågan och på eget initiativ skyndsamt tillmötesgått alla inkommande frågor, t.ex. gällande bemanningsbehov, flaggning, bilbehov, körkort, körturer, personaluppgifter m.m.

Staden tillbakavisar även påståendet om rättelse av vinnande anbud på eget initiativ. Det är staden som utvärderar anbud i enlighet med de kriterier som angivits i förfrågningsunderlaget och inte anbudsgivarna. Att utvärdera anbud mot bakgrund av olika volymer skulle strida mot likabehandlingsprincipen. Enligt bilagd prismatris framgår tydligt hur lämnade anbudspriser kommer att utvärderas. De lämnade styckpriserna värderas mot en viss på förhand angiven volym. I matrisen har vissa automatiska beräkningar gjorts i syfte att underlätta anbudsgivning och på så sätt kan anbudsgivarna snabbt se om deras pris skiljer sig från det

uppskattade kontraktsvärdet. Avgående entreprenörs priser har värderats enligt denna matris och någon rättelse eller korrigerings har inte skett. Avseende att vinnande anbuds lönekostnad inte täcks av den fasta ersättningen anför staden att det är upp till anbudsgivaren att beräkna om kostnaden för verksamheten ska täckas med fasta eller rörliga priser. I det fall länsrätten finner det felaktigt att utvärdera anbuden mot kriterierna i förfrågningsunderlaget är rättsverkan av detta inte att upphandlingen ska göras om utan att staden ska vidta rättelse.

Bemannia har i yttrande anfört bl.a. följande. Det är anmärkningsvärt att staden på förhand ansett att om Bemannia hade kvalificerat sig så hade anbudet varit tvunget att vara så lågt att det hade varit orimligt. Denna syn hade staden inte på de andra anbuden, speciellt inte på det vinnande anbudet, trots att självkostnadspriset för befintlig personal inte ens varit uppfyllt. Bemannia har specificerat sitt anbud i sin ansökan om inhibition och av denna framgår att en handelsvinst om 20 % har lagts på. Att Bemannia inte skulle uppfylla de kvalitetskriterier som stipuleras tillbakavisas. Ägaren till Bemannia har varit i branschen i över 25 år och drivit upp Sveriges femte största bemanningsföretag, som sedermera avyttrades till en utländsk aktör. Bemannia har därmed den erfarenhet och kompetens som krävs för drift och genomförande av en verksamhetsövergång.

Den fullvärdiga informationen angående personalen som omfattas av verksamhetsövergången så har denna varit mycket bristfällig. Att staden skulle ha lämnat information om anställningstid, inbetalning till pensionsåtaganden, körkort m.m. bestrids när dessa specifika uppgifter inte går att hitta i förfrågningsunderlaget. Bemannia har varit tvingad att gissa sig till dessa omständigheter genom de andra uppgifter som staden har angett. Påståendet att anbudsgivare har fått full insyn i verksamheten stämmer alltså inte.

Vad avser verksamhetsövergången så gäller sådan mellan två entreprenörer enligt lagen om anställningsövergång såvida inte den befintliga leverantören bestämt angett till upphandlaren att detta inte blir fallet. Visserligen tycks staden ha insett detta i en skrivning men anbudsgivarna har inte haft insyn i samtliga förhållanden varför de beträffande personalkostnad angett att anbudet gäller under viss bedömd kalkylerad förutsättning. Den förutsättning som Bemannia har utgått ifrån är helt i enlighet med LAS för det fall anställda hos befintlig leverantör väljer att gå över till annan som får uppdraget. En sådan omständighet anger också staden i sitt yttrande avseende övertid för viss tjänst. Med rätt förutsättningar för kalkylerande hade det enligt staden vinnande anbudet inte varit vinnande.

Staden har i yttrande anfört bl.a. följande. Staden har aldrig påstått att 6 b § LAS inte skulle gälla mellan två entreprenörer, tvärtom. Staden och avgående entreprenör har hållit en mycket hög servicegrad och lämnat mycket detaljerad information. Samtliga de punkter som Bemannia kritiserar, förutom personalens sjukdomar, har redovisats antingen i förfrågningsunderlaget eller i fråge- och svarsfunktionen i det elektroniska systemet tendsign.com. Staden skickade, i samband med att ett stort antal svar på frågor lades upp på tendsign.com den 22 juni kl. 11.15, ut ett extra informationsbrev till samtliga som hämtat ut förfrågningsunderlaget i vilket det informerades om att svaren var tillgängliga samt om möjligheten att skapa en rapport på frågor och svar för att få en överskådlig bild dessa.

Visningen av stadshuset har skett med mycket hög servicegrad och likvärdighet för samtliga potentiella anbudsgivare. Totalt genomfördes besök från 14 potentiella leverantörer. Bemannia hörde av sig först den 18 juni för att begära en tid för visning, vilket var en dag efter sista önskade frågedag. Visningstid ordnades dock direkt efter midsommarhelgen den 22 juni, dvs. redan nästa arbetsdag och efter sista önskade frågedag. Servicegraden kan inte vara mycket högre än så.

Bemannias anbud visar avseende arbetsledning en struktur av distanserat beslutsfattande och saknar information om platschef kommer att skyndsamt justera arbetsuppgifterna löpande efter uppkomna behov. I fråga om personal framgår det av anbudet att utbildningsbehov uppdagas och tillgodoses efter behov. I övrigt överläts det till staden att lämna önskemål och löpande fastställa krav på personalen. Anbudet saknar information om att de anställda kontinuerligt får bättre kompetens inom kunskap om Solna stad, bemötande-, etik- och förhållningsfrågor som inte bara sker genom kortare kurser och liknande utan genom ett processinriktat långsiktigt arbete på arbetsplatsen med tydligt ledarskap som levandegör verksamhetens mål. Vidare saknar anbudet information om verksamhetsutveckling inom ramen för offererat pris.

Bemannia, som getts tillfälle att yttra sig, har inte hörts av.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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.

Enligt 12 kap. 1 § LOU gäller följande. En upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

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.

Utredningen i målet

I punkten 3.22 i förfrågningsunderlaget, "Övertagandeplan", anges följande. Antagen leverantör ska tillsammans med Solna stad genomföra ett övertagande som beräknas påbörjas senast tre månader före avtalsstart. Övertagandeplanen ska innebära att verksamheten övergår till leverantören utan att det leder till avbrott eller kännbara störningar av stadshusets ordinarie verksamhet. Observera krav på övertagande av personal jämlikt 6 b § LAS under avsnitt administrativa föreskrifter.

I Bemannias anbud anges som svar på punkt 3.22 bl.a. följande. Anbudet är beräknat på att tidigare entreprenör har reglerat alla sina skulder och andra skyldigheter till de arbetstagare som omfattas av verksamhetsövergången. Om personal som idag innehar arbetsuppgifter inte väljer att genomföra verksamhetsövergången ordnar bolaget med personal i god tid innan övergången. Med framhållning på ett sådant besked kan rekryteringen och erforderlig utbildning ske med god marginal till startdatum för uppdraget. Högre krav på överlämning av arbetsuppgifter kommer då att behövas. Hur detta kommer att ske bör ske i dialog mellan Bemannia och Solna stad. Skriftlig överlämningsplan bör därför finnas hos tidigare entreprenör.

Länsrättens bedömning

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet och förutsebart sätt. Vidare gäller de EG-rättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Detta innebär att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller

kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget.

Staden har förkastat Bemannias anbud med hänvisning till att anbudets svar rörande punkten 3.22 i förfrågningsunderlaget innehöll en reservation om att anbudet var beräknat på basis av att tidigare entreprenör skulle reglera alla sina skulder och andra skyldigheter till de arbetstagare som omfattas av verksamhetsövergången.

En uteslutning av anbud i kvalificeringsfasen kan enbart ske mot bakgrund av att en anbudsgivare inte har uppfyllt de skallkrav som framställts i förfrågningsunderlaget. I förfrågningsunderlaget framgår dels att kapitel 3 avser kravspecifikationer, dels att de punkter som innehåller krav som ingår i kvalificeringen är markerade med en viss symbol. Punkten 3.22 ligger visserligen inom kapitlet kravspecifikationer men den är vare sig markerad med symbolen som visar på att punkten innehåller krav som ska uppfyllas eller att punkten ingår i kvalificeringen. Det har med anledning av denna avsaknad av symboler inte varit möjligt för anbudsgivare att på förhand inse att ett icke uppfyllande av punkten på något sätt skulle kunna ligga till grund för en diskvalificering av anbud från den efterföljande utvärderingen. Genom att vid kvalificeringen förkasta Bemannias anbud på den angivna grunden har staden därmed handlat på ett sätt som inte har varit förutsebart utifrån förfrågningsunderlaget och staden har således genomfört upphandlingen i strid mot LOU och den gemenskapsrättsliga principen om transparens. Mot denna bakgrund föreligger förutsättning för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU.

Med beaktande av att den aktuella bristen inte hänför sig till den konkurrensuppsökande delen av upphandlingen är rättelse tillräcklig

åtgärd. Den i målet aktuella upphandlingen får därför avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering genomförs vid vilken Bemannia ska anses vara kvalificerad till utvärdering.

Yrkandet om skadestånd är ett andrahandsyrkande som länsrätten mot bakgrund av utgången i målet inte tar upp till prövning. Länsrätten vill dock påtala att ett yrkande om skadestånd endast kan prövas i allmän domstol efter att ansökan om skadestånd har lämnats dit.

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



Susanne Bagge

Rådman

Föredragande har varit Mattias Berger.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Stockholm. Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

