



KONKURRENSVERKET	
2013-04-24	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Samres AB, 556433-7417

Ombud: Advokaterna Kristian Pedersen och Erik Woodcock
Chefsjurist Pär Cronhult och Jur.kand. Erik Olsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

AB Storstockholms Lokaltrafik, 556013-0683
105 73 Stockholm

Ombud: Chefsjurist Sara Catoni och bolagsjurist Daniel Angermann
Adress se ovan

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 5 december 2012
i mål nr 20384-12, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och förordnar, med upphävande av förvaltningsrättens dom, att upphandlingen av callcentertjänster till färdtjänstverksamhet (SL-2012-02140) ska göras om.

BAKGRUND

SL genomför en offentlig upphandling av callcentertjänster till färdtjänstverksamhet (SL-2012-02140). I upphandlingen används ett öppet förfarande med tilldelningsgrunden det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Såvitt framkommit har något tilldelningsbeslut ännu inte fattats utan upphandlingen pågår fortfarande och datum för sista dag att komma in med anbud har flyttats fram.

YRKANDEN M.M.

Samres AB (Samres eller bolaget) yrkar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att överföring av personuppgifter till tredje land tillåts, dels med tillämpning av EU-kommissionens standardavtalsklausuler, dels till stater som tillträtt Europarådets konvention nr 108 om skydd för enskilda vid automatisk databehandling av personuppgifter (dataskyddskonventionen). Bolaget åberopar ett rättsutlåtande om tredjelandsöverföring, ett yttrande från den moldaviska dataskyddsmyndigheten samt utdrag ur moldavisk personuppgiftslagstiftning.

AB Storstockholms Lokaltrafik (SL) bestrider bifall till yrkandet.

Samres hänvisar till vad som anförts tidigare i förvaltningsrätten och anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Kravet innebär ett förbud mot överföring av personuppgifter till samtliga länder förutom EU/EES-länder och länder som har godkänts av kommissionen, dvs. oavsett huruvida en adekvat skyddsnivå kan garanteras i tredje land. Förbudet innebär i praktiken att SL inte tillåter överföring till flertalet länder som de facto har en adekvat skyddsnivå eller där en sådan kan garanteras med tillämpning av EU-kommissionens standardavtalsklausuler. Förbudet inskränker möjligheterna till överföring i enlighet med vad som föreskrivs i personuppgiftslagen (1998:204), PuL, och strider därmed mot Europaparlamentets och

rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter (dataskyddsdirektivet) och Sveriges skyldigheter enligt dataskyddskonventionen. Förbudet innebär en allvarlig begränsning i bolagets möjligheter att lämna det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet varför det riskerar att lida skada.

EU-regleringen på området är totalharmoniserad. Enligt dataskyddsdirektivet måste en medlemsstat tillåta överföring av personuppgifter med tillämpning av EU-kommissionens standardavtalsklausuler. Dataskyddskonventionen är likaså bindande för medlemsstater och skyldigheterna enligt denna får inte inskränkas. Även privaträttsliga subjekt kan enligt praxis från EU-domstolen utgöra en del av staten i unionsrättslig mening och således vara skyldigt att lojalt tillämpa EU-rätten. SL är som en del av staten skyldig att tillåta de överföringsformer som följer av svensk och unionsrättslig reglering. I egenskap av personuppgiftsansvarig ska SL se till att personuppgiftsbehandlingen sker i enlighet med lagstiftningen.

Vidare strider förbudet mot proportionalitetsprincipen. Standardavtalsklausulerna har till syfte att garantera en adekvat skyddsnivå oavsett mottagarlandets system och utgör därmed tillräckliga garantier för integritetsskydd vid överföring till tredje land. Enligt dataskyddskonventionen är det inte heller tillåtet att av integritetsskäl förbjuda överföringar av personuppgifter till en annan konventionsstat för användning enbart där. Mot denna bakgrund är det varken nödvändigt eller proportionerligt att begränsa möjligheten till överföring till tredje land enligt uppställt krav i förfrågningsunderlaget. Det förhållandet att det är fråga om känsliga uppgifter saknar betydelse eftersom både standardavtalsklausulerna och dataskyddskonventionen tar hänsyn till att överföring även ska kunna ske av sådana uppgifter. Förbudet kan således inte motiveras med hänsyn till skyddet för personuppgifterna.

Både EU-kommissionen och den svenska lagstiftaren har ansett att en tillräcklig skyddsnivå kan uppnås genom sådan överföring som bolaget vill använda sig av och som SL har förbjudit. Förbudet riskerar även att inskränka den fria rörligheten för personuppgifter enligt dataskyddskonventionen och dataskyddsdirektivet för leverantörer som har verksamhet utomlands.

Bolaget bedriver sedan länge verksamhet i Moldavien, vars nationella skyddssystem för personuppgifter är mycket likt det svenska. Som ett steg mot ett EU-medlemskap har Moldavien antagit ett stort antal författningar som medfört ett starkt skydd för personuppgifter, vilket även innefattat en implementering av dataskyddsdirektivet. Behandling i strid med moldavisk lag är sanktionerad med skadestånds-, administrativa och straffrättsliga bestämmelser. Moldavien har även anslutit sig till dataskyddskonventionen. Skyddet för personuppgifter motsvarar därmed gott och väl skyddsnivån i de länder som EU-kommissionen har godkänt. Handläggningstider och administrativa frågor fördröjer dock ett formellt godkännande.

SL hänvisar till vad som anförts i förvaltningsrätten och tillägger i huvudsak följande till stöd för sin talan. SL är i nu aktuellt sammanhang inte att betrakta som en del av staten. Även om så är fallet innebär det inte att SL är skyldig att tillåta samtliga i lagstiftningen angivna undantag från förbudet mot överföring till tredje land. Kravet är utformat med stöd av 33 och 35 §§ PuL och 13 § första stycket 1 personuppgiftsförordningen (1998:1191), PuF. Överföring av personuppgifter till tredje land är enligt huvudregeln förbjuden och den personuppgiftsansvarige har möjlighet att förhindra sådan överföring. I egenskap av personuppgiftsansvarig bestämmer SL ensamt vilka enligt PuL tillåtna överföringsformer som ska användas i personuppgiftsbehandlingen. Det föreligger inte heller något hinder för SL att etablera en bättre och högre skyddsnivå för personuppgifterna.

Skyddsnivån för personuppgifter skiljer sig åt mellan de olika formerna för överföring. För det fall överföring endast sker med stöd av EU-kommissionens standardavtalsklausuler till ett land utan en adekvat skyddsnivå eller utan en nationell personuppgiftslagstiftning föreligger enbart ett avtalsrättsligt skydd. Uppgifterna skyddas därmed inte på samma höga nivå som i länder med ett särskilt offentlighetsrättsligt skydd i form av t.ex. lagstiftning och tillsynsmyndigheter. En tillämpning av standardavtalsklausulerna garanterar därmed inte en adekvat skyddsnivå.

Förbudet innebär en viss begränsning av konkurrensen såtillvida att anbudsgivare, som valt att lokalisera driften av de aktuella tjänsterna i ett tredje land utanför EU/EES som inte har bedömts ha en adekvat skyddsnivå, inte kan kvalificera sig som leverantör. Den eventuella begränsningen är emellertid lika för samtliga anbudsgivare och proportionell.

För det fall förbudet anses strida mot PuL saknar det relevans för sakprövningen i målet, eftersom rättens prövning enbart innefattar förfrågningsunderlagets förenlighet med lagen om offentlig upphandling (2007:1091), LOU. Vad gäller skyddsnivån för personuppgifter i Moldavien omfattas inte heller denna fråga av prövningen i målet. SL har inte hävdats att Moldavien eller något annat land saknar ett adekvat skydd för personuppgifter. Eftersom en utvärdering ännu inte skett har en bedömning av huruvida anbuden uppfyller kraven på geografisk placering och personuppgiftsskydd inte gjorts.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt 33 § första stycket PuL är det förbjudet att till tredje land föra över personuppgifter som är under behandling om landet inte har en adekvat nivå för skyddet av personuppgifterna. Förbudet gäller också överföring av personuppgifter för behandling i tredje land. Enligt bestämmelsens andra stycke ska frågan om en skyddsnivå är adekvat bedömas med hänsyn till

samtliga omständigheter som har samband med överföringen. Särskild vikt ska läggas vid uppgifternas art, ändamålet med behandlingen, hur länge behandlingen ska pågå, ursprungslandet, det slutliga bestämmelselandet och de regler som finns för behandlingen i det tredje landet (jfr artikel 25.1-2 i dataskyddsdirektivet). Med tredje land avses en stat som inte ingår i EU eller är ansluten till EES (jfr 3 § PuL).

Av 34 § andra stycket PuL följer att det är tillåtet att föra över personuppgifter för användning enbart i en stat som har anslutit sig till dataskyddskonventionen.

Enligt 13 § första stycket 1-2 PuF får personuppgifter föras över till tredje land om och i den utsträckning EU-kommissionen har konstaterat att landet har en adekvat nivå för skyddet av personuppgifter i enlighet med artikel 25.6 i dataskyddsdirektivet, eller om personuppgifterna förs över med tillämpning av ett avtal som innehåller sådana standardavtalsklausuler som kommissionen enligt artikel 26.4 i dataskyddsdirektivet har beslutat erbjuda tillräckliga garantier för att privatliv och enskilda personers grundläggande fri- och rättigheter skyddas samt för utövningen av motsvarande rättigheter.

SL:s upphandling innehåller ett krav om att personuppgifter endast tillåts göras tillgängliga i länder som är medlemmar i EU/EES eller som EU-kommissionen bedömt har en adekvat skyddsnivå för personuppgifter. I fråga om överföring till tredje land, dvs. ett land som inte är EU/EES-medlem, konstaterar kammarrätten att kravet enligt sin ordalydelse, och enligt parternas samstämmiga mening, därmed enbart tillåter överföring till länder som enligt ett särskilt beslut från EU-kommissionen har konstaterats ha en adekvat skyddsnivå.

LOU innehåller inte någon reglering av nivån på de krav som får ställas på leverantören eller den tjänst som ska tillhandahållas. Upphandlande

myndigheter har dock att iaktta de gemenskapsrättsliga principerna, av vilka proportionalitetsprincipen är en. Av praxis följer att proportionalitetsprövningen ska göras i tre steg. För det första ska prövas om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska prövas om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska prövas om den negativa effekt som kravet får, på det intresse eller den rättighet som kravet inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Det av SL uppställda kravet beträffande tredje land avseende godkännande genom särskilt beslut av EU-kommissionen har uppställts för att upprätthålla en så hög skyddsnivå som möjligt för de aktuella personuppgifterna. Kammarrätten bedömer att detta krav utgör en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå syftet.

I fråga om det uppställda kravet utgör en nödvändig åtgärd eller om det finns någon mindre ingripande åtgärd gör kammarrätten följande bedömning. Det kan konstateras att den typ av personuppgifter som ett callcenter ska hantera rörande färdtjänst kan vara av mycket känslig natur, vilket enligt kammarrätten innebär att nivån för skydd kan och bör ställas högt. När det gäller de av EU-kommissionen godkända standardklausulerna tillhandahålls ett avtalsrättsligt skydd på så sätt att leverantören förbinder sig vid skadeståndsansvar att upprätthålla skyddet för personuppgifter både i förhållande till SL och den vars personuppgifter registreras. Ett offentlig-rättsligt skydd i placeringslandet saknas dock vilket enligt kammarrättens mening skulle kunna föranleda svårigheter för leverantören att upprätthålla det avtalsrättsliga skyddet. Något straffansvar finns inte heller för det fall personuppgifter skulle behandlas felaktigt. Mot denna bakgrund kan konstateras att samma höga skydd för personuppgifter som det av SL

uppställda kravet inte kan åstadkommas genom användande av de av EU godkända standardklausulerna. I förhållande till standardavtalsklausuler får åtgärden att ställa högre krav således anses nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet.

Vad härefter gäller bedömningen av det av SL uppställda kravet jämfört med att placeringslandet har tillträtt dataskyddskonventionen gör kammarrätten följande bedömning. Dataskyddskonventionen har tillträtts av samtliga EU/EES-medlemsländer och även av flera andra länder. Konventionen syftar till att säkerställa den enskildes skydd för privatlivet i samband med automatiserad behandling av personuppgifter. Konventionsstaterna förbinder sig att införa de grundläggande principerna för dataskydd som följer av konventionen i nationell lagstiftning liksom lämpliga sanktioner och rättsmedel för överträdelser av införda nationella bestämmelser (artikel 4.1 och 10 i konventionen). Personuppgifter som rör t.ex. hälsa får inte undergå automatisk databehandling såvida inte nationell lag ger ett ändamålsenligt skydd (artikel 6 i konventionen). Enligt tilläggsprotokollet som antogs 2001 ska varje konventionsstat även se till att det finns oberoende tillsynsmyndigheter som utgör en del av det effektiva skyddet för enskilda vid behandling av personuppgifter. Tilläggsprotokollet innehåller även restriktioner för överföringar av uppgifter till länder som inte är parter i konventionen, vilket förhindrar en vidareöverföring till annat tredje land med en otillräcklig skyddsnivå.

I samband med implementeringen av dataskyddsdirektivet uttalas i förarbeten till PuL att stater som anslutit sig till dataskyddskonventionen får anses ha en sådan adekvat skyddsnivå som krävs enligt direktivet (prop. 1997/98:44 s. 96). Mot bl.a. denna bakgrund infördes i PuL en uttrycklig bestämmelse om att personuppgifter får föras över för användning enbart i en stat som har anslutit sig till konventionen (34 §).


Kammarrätten anser att de krav som uppställs enligt dataskyddskonventionen, särskilt i form av nationell lagstiftning med sanktioner och rättsmedel samt oberoende tillsynsmyndigheter, får anses tillräckliga för att säkerställa ett verkningsfullt integritetsskydd för personuppgifterna. Med hänsyn härtill och med beaktande av ovan återgivna förarbetsuttalanden får enligt kammarrättens mening länder som ratificerat konventionen anses uppfylla kravet på en adekvat skyddsnivå för personuppgifter även i det sammanhang som det nu aktuella. Det av SL uppställda kravet kan således inte anses nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet och inte heller vara proportionerligt i förhållande till den negativa effekt som kravet kan komma att få för bolaget – att inte kunna välja placeringsort fritt vilket påverkar huruvida bolaget kan lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Därmed strider åtgärden mot proportionalitetsprincipen.


Sammantaget anser kammarrätten således att SL, genom det krav i förfrågningsunderlagets kravspekifikation som inte tillåter överföring av personuppgifter till konventionsstater, har agerat i strid med proportionalitetsprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU.


Vad härefter gäller frågan om bolaget med anledning av detta kan komma att lida skada gör kammarrätten följande bedömning. Bolaget har som grund för att det riskerar att lida skada uppgett att det uppställda kravet innebär en begränsning i bolagets möjligheter att lämna det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Någon närmare redogörelse eller bevisning till stöd för påståendet har inte åberopats. I målet har inte ens påståtts att bolagets möjligheter att tilldelas det aktuella kontraktet minskar eller att bolaget på något sätt missgynnas i förhållande till andra anbudsgivare till följd av det uppställda kravet. Vid bedömningen av om bolaget ändå kan komma att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § LOU får beaktas att upphandlingen fortfarande pågår och att det är fråga om ett fel i förfrågningsunderlaget. När fråga är om ett fel i det konkurrensuppsökande skedet anses det tillräckligt att skadan är mer abstrakt beskriven av


sökanden och att felet påverkat det sätt på vilket denne har utformat sitt
anbud eller att, om felet inte förelåg, ett mer konkurrenskraftigt anbud
annars hade kunnat lämnas (jfr Rosén Andersson m.fl. Lagen om offentlig
upphandling - En kommentar, s. 611 samt Asplund m.fl. Överprövning av
upphandling, s. 213). Med hänsyn härtill finner kammarrätten att det som
bolaget åberopat som grund för skada i förevarande fall får anses tillräckligt
för bedömningen att bolaget ska anses kunna komma att lida skada i den
mening som avses i 16 kap. 6 § LOU. Sammanfattningsvis innebär det att
upphandlingen ska göras om.

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


Ingrid Engquist
kammarrättsråd
ordförande


Maria Ringvall
kammarrättsråd
referent


Lisa Wiberg
tf. assessor


Sandra Zetterdahl
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2012-12-05
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
20384-12
Enhet 15

SÖKANDE

Samres Aktiebolag, 556433-7417
Kyrkogatan 19
222 22 Lund

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och Erik Woodcock, jur. kand. Erik
Olsson och chefsjurist Pär Cronhult
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

AB Storstockholms Lokaltrafik, 556013-0683
105 73 Stockholm

Ombud: Chefsjurist Sara Catoni och bolagsjurist Daniel Angerman
Adress som ovan

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Samres Aktiebolags ansökan om ingripande
enligt LOU.

Dok.Id 296284

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

BAKGRUND

AB Storstockholm Lokaltrafik (SL) genomför en offentlig upphandling av callcenter-tjänster till färdtjänstverksamhet (SL-2012-02140).

Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande med avsikt att anta det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Något tilldelningsbeslut har så vitt upplysts ännu inte fattats.

YRKANDEN M.M.

Samres Aktiebolag (hädanefter bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen inte får avslutas innan felen har rättats och att upphandlingen ska fortsätta först efter det att rättelse har gjorts. Upphandlingen ska rättas genom att villkoren ändras på så sätt att användning av standardavtalsklausuler tillåts och att överföring till stater som anslutit sig till Europarådets konvention om skydd för enskilda vid automatisk databehandling av personuppgifter (nedan Europarådets konvention) tillåts.

SL bestrider bolagets yrkande om att upphandlingen ska rättas på det sätt som bolaget begär och ansökan om överprövning.

GRUNDER OCH PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Bolaget har till stöd för sin talan anfört i huvudsak följande. Enligt förfrågningsunderlaget - Avtal avseende behandling av personuppgifter – ska leverantören teckna ett avtal som reglerar hur personuppgifter får hanteras. Enligt avtalet är det inte ”tillåtet att föra över personuppgifter till tredje land om landet inte har en adekvat nivå för skyddet av personuppgifterna”. Texten måste rimligen tolkas som att de enda länder i vilka SL anser att det kan uppnås en adekvat skyddsnivå för

personuppgifter är i länder inom EU/EES och de länder som EU-kommission särskilt godkänt. Det betyder att enligt förfrågningsunderlaget är det inte tillåtet för en leverantör att bedriva verksamhet i ett land som inte tillhör EU/EES eller särskilt godkänts av EU-kommissionen, även om landet har anslutit sig till Europarådets konvention eller om avtal tecknas enligt de så kallade standardavtalsklausulerna som EU-kommissionen fastställt.

Villkoret att personuppgifter bara får överföras till ovan angivna länder är för långtgående enligt proportionalitetskravet eftersom det av Personuppgiftslagen (1998:204 – PuL) och personuppgiftsförordningen (1998:1191 – PuF) och EU-kommissionens beslut tydligt framgår att undantag från förbudet mot överföring till tredje land medges vid överföring till länder som anslutit sig till Europarådets konvention och vid användandet av standardavtalsklausuler. Syftet, att nå en adekvat skyddsnivå för hanteringen av personuppgifterna, kan uppnås med åtgärder som är mindre ingripande på konkurrensen än de som valts av SL. SL kan teckna avtal enligt standardavtalsklausuler alternativt ge mandat åt leverantören att teckna sådant avtal med en underleverantör och därmed uppnå en adekvat skyddsnivå för skyddet för personuppgifter.

PuL och PuF utgör i stora delar den svenska implementeringen av Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter (direktivet). Syftet med detta direktiv är att avskaffa hinder mot översändande av personuppgifter från en medlemsstat till en annan, och att säkerställa en likvärdig skyddsnivå för behandling av personuppgifter i alla medlemsstater. I artikel 26 i direktivet framgår att kommissionen, med avseende på överföring till tredje land, kan besluta att vissa standardavtalsklausuler erbjuder tillräckliga garantier för ett adekvat skydd

av personuppgifter, och att medlemsstaterna är skyldiga att vidta nödvändiga åtgärder för att följa kommissionens beslut i detta avseende.

Kommissionen har i beslut 2010/87/EU beslutat om just sådana standardavtalsklausuler och medlemsstaterna är således skyldiga att vidta samtliga nödvändiga åtgärder för att respektera dessa, vilket omfattar alla förgreningar av staten som exempelvis SL. I artikel 1 i kommissionens beslut anges klart och tydligt att standardavtalsklausulerna ska anses ge ett tillräckligt skydd för personuppgifter. Direktivet är totalharmoniserande och det är därmed inte möjligt för en medlemsstat att kräva ett strängare eller mer långtgående skydd än vad dessa klausuler medger.

Det kan konstateras att intresseavvägningen mellan å ena sidan leverantörers rätt till fri rörlighet och möjlighet att offerera sina tjänster i offentliga upphandlingar och å andra sidan intresset av ett effektivt och verksamt skydd för känsliga personuppgifter redan har gjorts i och med direktivets införande. Något utrymme för proportionalitetsbedömning av det förbud SL ställt upp finns därför inte, utan förbudet strider per definition mot unionsrätten, PuL och PuF.

Även om direktivet inte vore totalharmoniserande vad avser möjligheterna till uppgiftsöverföring, skulle en proportionalitetsbedömning av det aktuella förbudet ändå medföra att förbudet skulle vara oproportionerligt. Bolaget bestrider att det aktuella förbudet skulle vara en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå syftet att upprätthålla en så hög skyddsnivå som möjligt och att säkerställa att personuppgifter ska hanteras med största försiktighet. Någon skillnad i skyddsnivån mellan om överföring till tredje land tillåts med användning av de standardavtalsklausuler som kommissionen beslutat om, respektive om sådan överföring inte tillåts, föreligger inte. Den person vars personuppgifter behandlas kan rikta såväl skadeståndsrättsliga anspråk som få till stånd andra sanktioner enligt PuL.

mot SL i dess roll som personuppgiftsansvarig alldeles oavsett var beställningscentralen geografiskt placeras. Det är SL som åläggs att följa PuL och detta förändras inte på något sätt av var beställningscentralen placeras. Kravet framstår därför inte som lämpligt för att uppnå det eftersträvade syftet. Vidare kan konstateras att SL kommer att ha ett avtal med bolaget, som är ett svenskt bolag, och således kan rikta anspråk mot sin avtalspartner i Sverige, om det är avtalsrättsligt skydd för SL som eftersträvas. Under alla omständigheter är det i princip en teknisk omöjlighet att någon medarbetare i Senegal eller Moldavien skulle kunna komma över och nyttja uppgifterna i någon omfattning.

Bolaget och SL har sina servrar i Sverige och bolagets medarbetare får endast, via personliga inloggningsuppgifter, tillgång till den information som behövs för att behandla ett enskilt ärende under den tid som behandlingen av detta ärende pågår. När behandlingen av ärendet avslutas stängs även uppgifterna ned. Uppgifterna laddas inte ned och lagras aldrig i Senegal eller Moldavien. Alldeles oavsett var en verksamhet är placerad finns det således tekniska lösningar som minimerar risken för en felaktig behandling av personuppgifterna.

Till det ska läggas att den medarbetare som på ett felaktigt sätt hanterar uppgifter skulle göra sig skyldig till såväl ett uppsägningsgrundande brott mot sitt anställningsavtal som överträdelse av annan eventuell lagstiftning, t.ex. rörande företagshemligheter. Att en anställd vid Samres Senegal eller Samres Moldavien skulle riskerar dessa konsekvenser för att kunna sprida det begränsade antal uppgifter som denne har tillgång till förefaller ytterst osannolikt. Det aktuella kravet innebär således inte någon som helst förbättring med avseende på det eftersträvade syftet.

Förbudet är inte nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Eftersom bolaget genom tekniska lösningar, genom att tillämpa kommissionens

standardavtalsklausuler och genom sekretessförbindelser för sina medarbetare kan garantera samma skyddsnivå som finns i Sverige är det på intet sätt nödvändigt att uppställa det aktuella kravet. Det förhållandet att ett land inte är medlem i EU eller EES, eller att kommissionen inte uttryckligen beslutat att detta land har en adekvat skyddsnivå, behöver i sig inte innebära att landet i fråga saknar en adekvat skyddsnivå. Det saknas helt grund för SL:s påstående att de länder som inte uttryckligen blivit godkända av kommissionen skulle sakna en skyddslagstiftning som motsvarar skyddslagstiftningen i de länder som blivit godkända. Kommissionen har genom sitt beslut om standardavtalsklausuler klart och tydligt angett vilka åtgärder som är nödvändiga för att säkerställa en adekvat skyddsnivå som motsvarar den som finns i EU:s och EES medlemsstater, och i de stater som kommissionen uttryckligen godkänt. Något ytterligare förbud eller villkor för överföring av personuppgifter är således varken nödvändigt eller ens tillåtet.

Förbudet är vare sig lämpligt, effektivt eller nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Redan på dessa grunder är förbudet oproportionerligt. Då det inte på något sätt är visat att förbudet föranleder en högre skyddsnivå för behandling av personuppgifter är den skada som förbudet orsakar bolaget uppenbart oproportionerlig i förhållande till det eftersträvade syftet.

Eftersom Moldavien har tillträtt konventionen ska tilläggas att det i formell mening inte ens är nödvändigt att tillämpa standardavtalsklausulerna avseende verksamhet i Moldavien.

Bolaget överväger att inkomma med anbud i upphandlingen. En förutsättning för detta är emellertid att bolaget får använda sig av den verksamhetsstruktur som bolaget normalt använder, där delar av verksamheten är lokaliserad i Moldavien respektive Senegal. Bolaget har

använt denna verksamhetsstruktur i tidigare uppdrag som utförts för SL utan att SL har haft något att invända mot detta. Om bolaget inte tillåts använda sig av de möjligheter till uppgiftsöverföring som PuL föreskriver kommer bolaget inte att kunna inkomma med sitt ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. SL:s förbud innebär således en allvarlig begränsning i bolagets möjlighet att inkomma med anbud.

Något hinder mot att förvaltningsrätten förordnar om rättelse på sätt som yrkats finns inte.

SL har till stöd för sin talan anfört i huvudsak följande. Det krav SL ställt upp angående på vilket sätt personuppgifter får överföras till tredje land innebär ingen oproportionerlig begränsning av hur personuppgifter får behandlas utanför EU/EES. Det yrkande om rättelse som bolaget framställt kan vidare inte bifallas av förvaltningsrätten eftersom det skulle innebära att domstolen beslutar att föra in en ny skrivning i SL:s kravspecifikation. Domstolen är förhindrad att föra in nya krav i en upphandling. Om SL skulle vilja genomföra den förändring som bolaget vill ha måste upphandlingen avbrytas och annonseras på nytt.

Den anbudsgivare som kommer att erhålla uppdraget kommer att, inom ramen för uppdraget, behandla personuppgifter av delvis mycket känslig karaktär. Exempel på personuppgifter som kommer att behandlas är uppgifter om namn, personnummer, adress, funktionshinder, hälsotillstånd, resmål och särskilda behov i samband med resan. Uppgifterna omgärdas av stränga sekretessregler och enligt offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) gäller att uppgifterna inte får lämnas ut, om det inte står klart att uppgiften kan röjas utan att den enskilde eller någon närstående till denna lider men.

Den anbudsgivare som kommer att erhålla uppdraget att tillhandahålla callcentertjänster utgör personuppgiftsbiträde enligt PuL. Ett personuppgiftsbiträde får behandla personuppgifter endast i enlighet med instruktioner från den som ansvarar för personuppgiftsbehandlingen.

Det aktuella kravet beträffande överföring av personuppgifter till tredje land uttrycks i avtalsbilaga 2, Avtal avseende behandling av personuppgifter, punkt 2.2 andra stycket näst sista meningen samt kravspecifikationen till förfrågningsunderlaget, punkt 7.2. Enligt nämnda avtal är det inte tillåtet att föra över personuppgifter till tredje land om landet inte har en adekvat nivå för skyddet av personuppgifter. Vidare anges i kravspecifikationen att personuppgifter endast får göras tillgängliga i länder som är medlemmar i EU eller EES eller i sådana länder som EU-kommissionen bedömt ha en adekvat skyddsnivå för personuppgifter.

PuL sätter en minimistandard för hur personuppgifter får hanteras. Enligt 33 § PuL gäller ett generellt förbud att till tredje land föra över personuppgifter som är under behandling om landet inte har en adekvat nivå för skyddet av personuppgifter. Förbudet gäller också överföring av personuppgifter för behandling i tredje land. Frågan om en skyddsnivå är adekvat ska bedömas med hänsyn till samtliga omständigheter som har samband med överföringen. Särskild vikt ska läggas vid uppgifternas art, ändamålet med behandlingen, hur länge behandlingen ska pågå, ursprungslandet, det slutliga bestämmelselandet och de regler som finns för behandling i det tredje landet.

Regeringen har meddelat undantag från förbudet i 33 § PuL att föra över personuppgifter till tredje land. Undantaget innebär en *möjlighet* att trots det generella förbudet föra över personuppgifter till tredje land om och i den utsträckning EU-kommissionen har konstaterat att landet har en adekvat nivå för skyddet av personuppgifter i enlighet med artikel 25.6 i

direktivet eller om personuppgifterna förs över med tillämpning av ett avtal som innehåller sådana standardsavtalsklausuler som kommissionen enligt artikel 26.4 i direktivet har beslutat erbjuda tillräckliga garantier för att privatliv och enskilda personers grundläggande fri- och rättigheter skyddas samt för utövning av motsvarande rättigheter. Användandet av standardavtalsklausuler ger en principiell *möjlighet* att föra över personuppgifter till tredje land även om landet i fråga inte erbjuder adekvat nivå för skyddet av personuppgifter. Det är dock helt upp till den personuppgiftsansvarige att bestämma om dessa standardavtalsklausuler är tillräckliga med hänsyn till skyddsintresset. Att det således finns en *möjlighet* är inte detsamma som en skyldighet att acceptera dessa i förhållande till personuppgiftsbiträdet, i detta fall leverantören.

Mot bakgrund av att skyddsintresset för de personuppgifter som kommer att behandlas är särskilt högt har det bedömts att personuppgifternas art och ändamålet med behandlingen är av sådan karaktär att det är lämpligt och ändamålsenligt att föreskriva att de personuppgifter som är aktuella i upphandlingen endast får behandlas inom EU/EES eller i sådant land som EU-kommissionen har bedömt har motsvarande, adekvat nivå för skyddet av personuppgifter. Att tillåta en överföring av personuppgifter till tredje land som saknar motsvarande skyddslagstiftning för personuppgifter respektive adekvat skyddsnivå endast med stöd av ett avtal som innehåller ovan nämnda standardavtalsklausuler har bedömts vara otillräckligt med hänsyn till skyddsintresset för de aktuella personuppgifterna.

Syftet med det uppställda villkoret, att personuppgifter inte får överföras till tredje land som inte bedöms ha adekvat skyddsnivå, är att säkerställa en så hög skyddsnivå som möjligt för de aktuella personuppgifterna. Genom villkoret skyddas personuppgifterna såväl genom det personuppgiftsbiträdesavtal som ska tecknas med leverantören som genom lagstiftning och det offentlighetsrättsliga skyddet i det land där

personuppgifterna kommer behandlas. Villkoret utgör följaktligen en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet.

Villkoret är också nödvändigt för att uppnå det angivna syftet. Om SL skulle tillåta överföring av personuppgifter med stöd av EU-kommissionens godkända standardavtalsklausuler uppnås visserligen ett avtalsrättsligt skydd såtillvida att leverantören förbinder sig vid skadeståndsansvar att upprätthålla skyddet för personuppgifterna. Ett sådant, endast på standardavtalsvillkor baserat skydd innebär dock risker eftersom uppgifterna kan komma att överföras till länder som inte har någon adekvat skyddsnivå eller vars offentlighetsrättsliga skyddsnivå rent av är obefintlig. Avsaknaden av offentlighetsrättsligt skydd, lagstiftning och tillsynsmyndigheter försämrar givetvis skyddet för personuppgifterna. Det kan vidare inte heller utgå ifrån att det finns något straffrättsligt ansvar för felaktig hantering av personuppgifter i dessa länder. Mot nu angiven bakgrund anser SL att ett personuppgiftsskydd baserat endast på standardavtalsvillkor inte säkerställer samma höga skydd för uppgifterna som SL har bedömt vara lämpligt i upphandlingen.

Villkoret kan möjligen få till följd att anbudsgivare som avser att bedriva verksamhet i vissa länder får något inskränkt valfrihet vad gäller lokaliseringen. Vid en avvägning av å ena sidan potentiella anbudsgivares eventuellt minskade valfrihet att lokalisera driften av sin verksamhet och å andra sidan behovet av att säkerställa en lämplig skyddsnivå för personuppgifter anser SL att villkoret varken är oproportionerligt eller överdrivet i förhållande till det eftersträvade syftet.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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. 6 § LOU framkommer 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 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.

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. 6 § LOU. Enligt praxis (RÅ 2009 ref. 69) är huvudregeln att det är den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska anges på vilka omständigheter talan är grundad.

Förvaltningsrätten kan, oavsett hur yrkandet utformats, som åtgärd vid prövning av en pågående upphandling välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas.

Särskilt om principen om proportionalitet

I målet är fråga om ett krav som uppställts i förfrågningsunderlaget, utifrån vad bolaget har anfört, kan anses stå i strid med proportionalitetsprincipen.

Att notera i sammanhanget är att en upphandlande myndighet har stor frihet att välja vad man vill upphandla och vilka krav som ska ställas på det som upphandlas. Proportionalitetsprincipen förutsätter dock att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas. Upphandlingens art och värde ska därför beaktas exempelvis när villkoren för att få delta i upphandlingen fastställs. Uppställda krav får inte heller vara onödiga eller oproportionerliga (se t.ex. mål nr C-234/03, Contse, REG 2005 s. I-09315, p. 43 och 55). (prop. 2009/10:180 s. 91)

Av unionsrättslig praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning ska göras i tre steg (se t.ex. KRNJ mål nr 1171-10). För det första ska en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Strider det uppställda kravet mot LOU?

I förfrågningsunderlaget, Kravspecifikation avseende callcentertjänster till färdtjänstverksamhet, punkten 7.2 Skyddsnivå för personuppgifter anges följande.

”Personuppgifter tillåts endast göras tillgängliga i länder som är medlemmar i EU, medlemmar i EES eller som EU kommissionen bedömt har en adekvat skyddsnivå för personuppgifter. Leverantörens driftställe, det ställe där anbudsgivaren planerar att besvara samtalen, får därför inte placeras geografiskt på platser där skyddsnivån för personuppgifter inte kan garanteras.”

I förfrågningsunderlaget, Avtalsbilaga 2: Avtal avseende behandling av personuppgifter, punkten 2.2 Behandling av personuppgifter stycke två, tredje meningen anges följande.

”Det är inte tillåtet att föra över personuppgifter till tredje land om landet inte har en adekvat nivå för skyddet av personuppgifterna.”

Bolaget har bl.a. anfört att det inte finns något utrymme för en proportionalitetsbedömning av det förbud som SL ställt upp, utan att förbudet per definition strider mot unionsrätten, PuL och PuF.

SL å sin sida har anfört att användandet av standardavtalsklausuler ger en principiell *möjlighet* att föra över personuppgifter till tredje land även om landet i fråga inte erbjuder adekvat nivå för skyddet av personuppgifter. Det är dock helt upp till den personuppgiftsansvarige att bestämma om dessa standardavtalsklausuler är tillräckliga med hänsyn till skyddsintresset.

Förvaltningsrätten konstaterar att det mellan parterna synes ostridigt att det finns en principiell möjlighet att med stöd av bestämmelserna i PuL föra över personuppgifter av nu aktuellt slag till tredje land utanför EU/EES och länder som särskilt godkänts av EU-kommissionen. Förvaltningsrätten anser att bolaget i målet inte har visat att SL därtill har en skyldighet att använda sig av dessa undantagsbestämmelser och att det redan av denna orsak skulle innebära att SL har uppställt ett oproportionerligt krav.

Vad gäller huruvida det uppställda kravet i övrigt är oproportionerligt gör förvaltningsrätten följande bedömning.

SL har anfört att syftet med det uppställda kravet är att säkerställa en så hög skyddsnivå som möjligt för de aktuella personuppgifterna och att den leverantör som tilldelas kontraktet i upphandlingen kommer att hantera sådana personuppgifter som anses särskilt känsliga och där sekretesskyddet är högt ställt enligt svensk lagstiftning. I och med detta krav skyddas personuppgifterna genom lagstiftningen också i det land till vilket de överförs och inte enbart avtalsrättsligt.

Med beaktande av bl.a. att det är tal om känsliga personuppgifter som ska överföras anser förvaltningsrätten att det uppställda kravet utgör en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå syftet genom att uppgifterna därigenom kommer att skyddas även genom lagstiftning i det landet dit verksamheten är lokaliserad. Att en person som skulle lida skada om personuppgifter röjs alltjämt skulle kunna vända sig mot SL i Sverige, och att SL i sin tur skulle kunna vända sig mot en avtalspartner i Sverige, kan inte anses innebära att den eftersträvade skyddsnivån garanteras.

Förvaltningsrätten finner vidare att vad bolaget har anfört om att det finns tekniska lösningar, sekretessförbindelser för medarbetare, att medarbetare i Senegal och Moldavien har litet intresse av personuppgifterna, osv, inte kan anses garantera samma skyddsnivå som det uppställda kravet i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten finner därför att det aktuella kravet får anses nödvändig för att säkerställa det eftersträvade skyddet för de personuppgifter som ska hanteras.

Bolaget har vidare anfört att om det inte tillåts använda sig av de möjligheter till uppgiftsöverföring som PuL föreskriver kommer bolaget inte att kunna inkomma med sitt ekonomiskt mest fördelaktiga anbud i upphandlingen. Med beaktande av bl.a. att det är känsliga personuppgifter som ska hanteras och att kravet inte innebär någon begränsning vad gäller lokaliseringen inom EU/EES och länder som EU-kommissionen särskilt har godkänt anser förvaltningsrätten dock att det inte har framkommit att kravet i denna aspekt är oproportionerligt eller överdrivet jämfört med syftet.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att bolaget inte har visat att det av SL uppställda kravet strider mot proportionalitetsprincipen. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

20384-12

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

Mikaela Neijd
förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Maja Löfgren.

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 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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.