



KLAGANDE

Samres AB, 556433-7417

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

MOTPART

Västtrafik AB, 556558-5873
Box 123
541 23 Skövde

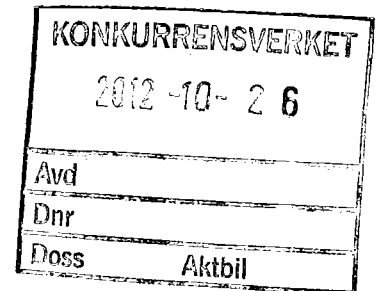
Ombud: Advokat Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 10 oktober 2012 i mål nr 10211-12, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU; fråga om rätt forum



KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten undanröjer förvaltningsrättens dom och överlämnar handlingarna i målet till Förvaltningsrätten i Jönköping.

Kammarrättens interimistiska beslut den 22 oktober 2012 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Samres AB yrkar att kammarrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan viss rättelse gjorts.

Kammarrätten har den 22 oktober 2012 beslutat att Västtrafik AB inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten finner skäl att meddela prövningstillstånd.

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att en ansökan om överprövning ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sin hemvist. Västtrafik AB har sin hemvist i Skövde kommun. Av 5 § förordningen (1977:937) om allmänna förvaltningsdomstolars behörighet m.m. följer att det därmed är Förvaltningsrätten i Jönköping som ska pröva Samres AB:s ansökan om överprövning. Den överklagade domen ska därför undanröjas och handlingarna i målet överlämnas till Förvaltningsrätten i Jönköping.

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


Kristina Hammen Hogendoorn


Niclas Falkendal

referent


Magnus Lundberg



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

AB 15
DOM
2012-10-10
Meddelad i
Göteborg

Dokument A

Mål nr
10211-12 E
Enhet 2:6

Sida 1 (8)

SÖKANDE

Samres AB, 556433-7417
Kyrkogatan 19
222 22 Lund

MOTPART

Västrafik AB, 556558-5873
Box 123
541 23 Skövde

Ombud: Advokat Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Mäster Samuelsgatan 20
101 39 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 166715

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se	031 - 711 78 59	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

Västtrafik AB (Västtrafik) inbjöd den 12 mars 2012 leverantörer att lämna in ansökan om deltagande i anbudsgivningen avseende Västtrafiks upphandling av Beställningscentraltjänst och Kundenservice 1:a (upphandlingen). Den 7 juni 2012 inbjöds sedan kvalificerade leverantörer att inkomma med anbud senast den 20 augusti 2012. Enligt bilaga G till förfrågningsunderlaget "Avtal avseende hantering av personuppgifter" ska leverantören teckna ett separat avtal som reglerar hur personuppgifter får hanteras. Detta avtal ska ingås mellan personuppgiftsansvarig, Västtrafik och personuppgiftsbiträdet, leverantören. Av sektion 5.5 (hädanefter benämnt kravet) framgår följande.

PuB (personuppgiftsbiträdet) får överföra personuppgifter som behandlas för PuA:s (personuppgiftsansvariges) räkning enligt Tjänsteavtalet till tredje land om aktuellt tredje land är anslutet till europarådets konvention om skydd för enskilda vid automatisk databehandling av personuppgifter. Anslutna länder framgår av bilaga till personuppgiftsförordning (1998:119). Överföring av personuppgifter till annat tredje land får inte förekomma.

Kravet utgör ett tilläggsvillkor som tillkom tillsammans med hela bilaga G den 7 augusti 2012. Vid ansökan om överprövning hade ännu inget tilldelningsbeslut meddelats.

ANSÖKAN M.M.

Samres AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar på rättelse på så sätt att användning av standardavtalsklausuler tillåts. Bolaget anför bl.a. följande. Västtrafik publicerade den 7 augusti 2012 en kompletterande bilaga som innehöll kravet. Från Västtrafiks svar på publika frågor den 7 augusti 2012 framgår också att Västtrafik inte kommer att teckna avtal enligt standardavtalsklausuler som godkänts av EU-kommissionen. I svar på publik fråga från den 25 juni 2012 svarade däremot Västtrafik att det inte skulle komma att ställas några krav på var kontraktcentrat skulle förläggas avseende land eller ort. Det var först den 7 augusti som Västtrafik tvärte-

mot beskedet den 25 juni och i strid med proportionalitetsprincipen meddelade att man inte kommer att tillåta överföring enligt standardavtalsklausulerna. Kravet får till följd att sådana leverantörer som avser att överföra personuppgifter till andra länder med tillämpning av s.k. standardavtalsklausuler som har godkänts av EU-kommissionen får minskade möjligheter att utföra tjänsten trots att adekvat skyddsnivå för personuppgifter ändå uppnås. Enligt personuppgiftslagen (1998:204, PUL) är det tillåtet att överföra personuppgifter till tredje länder vid tecknande av ett avtal som innehåller standardavtalsklausuler godkända av EU-kommissionen. Att teckna sådana avtal alternativt att ge tydligt mandat till leverantören att teckna sådana avtal med underleverantören är ett lämpligt medel att motverka konkurrensbegränsningen som följer av kravet. Ett sådant avtal innebär att även känsliga personuppgifter kan behandlas med hög skyddsnivå. En hög skyddsnivå för personuppgifter kan därmed uppnås med åtgärder som är mindre ingripande på konkurrensen än de som har valts av Västtrafik. Skyddsnivån är inte högre för att den regleras i lag än om den regleras i avtal. Bolaget riskerar att lida skada eftersom bolaget får sämre möjligheter att delta i upphandlingen utifrån de specifika konkurrensfördelar bolaget har. Bolaget har i sitt nu ingivna anbud utgått från risken att inte tillåtas använda sig av underleverantören i Senegal, vilken påverkat bolagets beräkning av pris i anbudet. Kravet har således medfört att bolagets möjlighet till framgång i upphandlingen kommit att försämrats genom att bolaget inte fullt ut kunnat utnyttja sina konkurrensfördelar. Det har varit känt för Västtrafik sedan den 18 april att bolaget avsåg att anlita dotterbolag i Senegal. Västtrafik har inte ändrat svaret från den 25 juni innebärande att det inte ställs några krav var kontraktcentrat ska förläggas. Dessa motstridiga uppgifter har medfört en osäkerhet om huruvida det är möjligt för bolaget att anlita samtliga dotterbolag i koncernen.

Västtrafik anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. De villkor som Västtrafik ställt upp avseende det sätt på vilka personuppgifter får

överförs till tredje land är inte oproportionerliga och står inte i strid med upphandlingsreglerna. Det förhållande att det inte föreligger något förbud enligt PUL innebär inte att det i det enskilda fallet är önskvärt eller lämpligt att personuppgifterna hanteras på ett sådant sätt. Vilka krav som bör ställas på hantering av personuppgifter får bedömas i fall till fall. Inom ramen för utförande av uppdrag avseende upphandlingen kommer den framtida leverantören att behandla stora mängder personuppgifter av mycket känslig karaktär. Utöver den mer sedvanliga typen av personuppgifter som namn, adresser och personuppgifter kommer leverantören även att hantera personuppgifter innefattande uppgifter om enskilda personers sjukdoms- och hälsotillstånd, funktionshinder, särskilda behov, samt uppgifter om när och mellan vilka destinationer resor sker. Sådana personuppgifter är givetvis av särskilt känslig karaktär enligt definitionen i 13 § PUL. Skyddsintresset för sådan uppgift är särskilt högt. Västtrafiks syfte med de aktuella föreskrifterna är att upprätthålla en så hög skyddsnivå som möjligt för personuppgifterna och på detta sätt tillgodose kundernas önskemål om att personuppgifter ska hanteras med största försiktighet. Med anledning härav vill Västtrafik undvika att personuppgifter förs ut till tredje länder som inte har en adekvat skyddsnivå. Det säger sig självt att risken för att personuppgifter hanteras på ett integritetskränkande sätt är större i ett land som saknas adekvat skydd även om en aktör i landet förbundit sig att hantera personuppgifterna på ett tillfredsställande sätt på avtalsrättslig grund. Om överföring sker till ett land utan adekvat lagstiftning finns ett skydd på avtalsrättslig basis. Om överföringen sker till ett land med adekvat lagstiftning finns ett skydd både på avtalsrättslig basis och genom lagstiftning. Den avtalsrättsliga regleringen innehåller av förklarliga skäl inga straffsanktioner. Som Västtrafik förstått bolagets talan menar bolaget att Västtrafik i ett försent skede preciserat de aktuella föreskrifterna. Även om Förvaltningsrätten skulle finna att preciseringen skett så sent att detta i sig utgör ett brott mot LOU, vilket Västtrafik bestrider, kan bolaget omöjligt ha lidit eller riskerat att lida någon skada härav. Bolaget menar att man

hade offererat ett lägre pris i upphandlingen om bolaget hade kunnat använda sig av underleverantören i Senegal. Detta kan inte vitsordas av Västtrafik. Bolaget har bevisbördan för påståendet.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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 (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Den 7 augusti 2012 bifogades det avtal avseende skydd för personuppgifter som Västtrafik och vinnande leverantören skulle signera vid avtalsstart. Av avtalet följer att överföring av personuppgifter till tredje land som inte anslutits till Europarådets konvention om skydd för enskilda vid automatisk behandling av personuppgifter inte får ske. Kravet som införlivades i förfrågningsunderlaget innebär indirekt att Kontraktcentrat inte kan förläggas i valfritt land. Även med beaktande av Västtrafiks tidigare yttrande i vilket man förordade fri placeringsrätt kan kravet inte förstås på annat sätt än enligt ovan.

LOU innehåller inte någon reglering av nivån på de krav som får ställas på leverantören eller den tjänst som ska tillhandahållas. Vilken kravnivå som är tillåten i en enskild upphandling får i stället avgöras med tillämpning av

de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, av vilken proportionalitetsprincipen är en.

Av EG-rättslig praxis följer att proportionalitetsbedömningen ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. Det är ostridigt att syftet med aktuellt krav har varit att upprätta en så hög skyddsnivå som möjligt för aktuella personuppgifter. I och med kravet skyddas personuppgifterna både genom avtal och genom lagstiftningen i det land där Kontraktcentrat är placerat och dit personuppgifterna överförts. Mot denna bakgrund är det förvaltningsrättens bedömning att kravet utgjort en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå syftet.

För det andra ska en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Bolaget hävdar härvid att tecknande av ett avtal som innehåller standardavtalsklausuler godkända av EU-kommissionen innebär att känsliga personuppgifter kan behandlas med hög skyddsnivå. Det finns enligt bolaget inte någon skillnad i detta avseende om personuppgiftsöverföringen sker till företag i länder med en lagstiftad adekvat skyddsnivå eller till företag i länder där skyddsnivån garanteras av standardavtalsklausuler. Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att den typ av personuppgifter som ska hanteras, dvs. enskilda personers sjukdoms- och hälsotillstånd, funktionshinder, särskilda behov, samt uppgifter om när och mellan vilka destinationer resor sker måste anses som mycket känsliga. Detta innebär att nivån på skydd kan och bör ställas högre. Genom de av EU-kommissionen godkända standardavtalsklausulerna tillhandahålls ett avtalsrättsligt skydd på så sätt att leverantören förbinder sig vid skadeståndsansvar att upprätthålla skyddet för personuppgifterna både i förhållande till Västtrafik och den vars personuppgifter registrerats. Ett offentligrättsligt skydd i placeringslandet saknas dock vilket enligt förvaltningsrättens me-

ning skulle kunna föranleda svårigheter för leverantören att upprätthålla det avtalsrättsliga skyddet. Respekten för behovet av skydd för personuppgifter torde också vara lägre i länder som saknar adekvat lagstiftning vilket kan innebära att risken ökar för att uppgifterna behandlas på ett integritetskränkande sätt. Något straffansvar finns heller inte för det fall personuppgifter skulle behandlas felaktigt. Mot denna bakgrund kan det konstateras att samma höga skydd som kravet tillhandahåller inte kan åstadkommas genom användandet av de av EU-kommissionen godtagna standardavtalsklausulerna. Åtgärden är således nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet.

För det tredje skall bedömas om den negativa effekten som kravet får, på det intresse eller den rättighet som kravet inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Den negativa effekten av kravet är att anbudsgivarna inte har kunnat välja placeringsland fritt vilket enligt bolaget inneburit att man inte kunnat lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Vid en intresseavvägning mellan avsaknaden av denna möjlighet samt möjligheten att tillhandahålla högsta möjliga skydd för känsliga personuppgifter anser dock förvaltningsrätten att kravet varken är oproportionerligt eller överdrivet jämfört med det eftersträvade syftet.

Kravet bedöms sammanfattningsvis inte strida mot proportionalitetsprincipen.

Bolaget har också indikerat att kravet tillkommit sent i upphandlingen. Någon argumentation kring på vilket sätt detta strider mot LOU har dock inte framförts. Inte heller har det framförts att bolaget lidit skada av tidsaspekten. Det finns således inte heller på denna grund skäl att ingripa mot upphandlingen.

Mot bakgrund av ovanstående ska ansökan om överprövning avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1B LOU)


Claes-Göran Gunnarsson

Rådman

Föredragande i målet har varit Anna Wennergren.

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.