



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 12

DOM
2013-07-05
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
8222-13

SÖKANDE

TNG Group AB, 556648-2781
Box 637
101 32 Stockholm

MOTPART

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798
117 99 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2013 -07- 0 9	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 358966

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

YRKANDEN M.M.

SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) genomför en upphandling av rekryteringstjänster inom sex olika områden benämnda Ekonomi/finans/juridik/HR/administration dnr 5824-1, IT/teknik/engineering dnr 5824-2, Skola och förskola dnr 5824-3, Social omsorg och stöd dnr 5824-4, Tillväxt/stadsbyggnad/fastighet/energi dnr 5824-5 samt Vård och omsorg dnr 5824-6. Upphandlingen genomförs genom förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.

TNG Group AB (TNG) ansöker hos förvaltningsrätten om överprövning enligt LOU. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Skadeståndsansvaret är enligt förfrågningsunderlagets utformning inte reglerat. Underlaget refererar till att leverantören ska inneha ansvarsförsäkringar och andra erforderliga försäkringar, men det saknas takbelopp för skadestånd, följdskada och indirekt skada såsom utebliven vinst. Eftersom ansvaret inte är reglerat kan det tolkas som obegränsat. Ett obegränsat ansvar har varken TNG eller något annat företag i branschen täckning för. Ett sådant obegränsat ansvar strider mot proportionalitetsprincipen eftersom kravet inte har ett naturligt samband med och inte står i rimlig proportion till upphandlingsföremålet. Kravet står inte i överensstämmelse med branschpraxis och det är inte heller nödvändigt för att uppnå syftet med avtalet.

Eftersom mindre leverantörer utsätts för ett proportionellt större risktagande strider kravet mot principen om likabehandling - alla leverantörer ges inte samma förutsättningar. Förfrågningsunderlagets utformning oavsett TNG:s fortsatta handlingssätt innebär att bolaget riskerar att lida stor ekonomisk skada till följd av ett obegränsat skadeståndsansvar. Om TNG väljer att lämna anbud enligt förutsättningarna utgörs skadan vid uppkomst av skadeståndssituation och om bolaget väljer att avstå från att lämna anbud utgörs skadan av potentiellt intäktsbortfall.

SKI anser att TNG:s ansökan om överprövning ska avslås och yrkar att förvaltningsrätten förelägger TNG att ange sitt yrkande. Till stöd för sin inställning anför SKI bl.a. följande.

Av TNG:s begäran om överprövning framgår inte vilken åtgärd bolaget vill ska vidtas.

Det villkor som TNG har ifrågasatt är begränsat till att gälla mellan SKI och ramavtalsleverantören. Det är endast i förhållande till SKI som skadeståndsskyldighet föreligger. Ansvar är vidare begränsat enbart till de skador som SKI kan komma att förpliktas utge till tredje man och som beror på vållande av leverantören eller dennes personal. Det är aldrig större än det som SKI självt kan komma att behöva utge.

Vad gäller skadeståndsansvaret mellan ramavtalsleverantören och en avropande myndighet eller enhet har leverantören ett ansvar för sakskador om leverantören, vid arbetets utförande, varit oaktsam. Ansvar är således begränsat till art och inte till belopp. Eftersom leverantören ska inneha ansvarsförsäkring och andra för verksamheten erforderliga försäkringar torde eventuella möjliga skador med råge täckas.

De skadefall mot tredje man som möjligen skulle kunna aktualiseras är t.ex. att leverantören gör sig skyldig till diskriminering gentemot en föreslagen kandidat i samband med genomförande av rekryteringsuppdrag. Det är arbetsgivaren, dvs. upphandlande myndighet eller enhet, som slutligen fattar beslut om anställning och detta ansvarar inte rekryteringsföretaget för. Om leverantören under rekryteringstidens gång vid urvalet av kandidater på ett diskriminerande sätt tar bort vissa kvalificerade sökanden eller beter sig på ett diskriminerande sätt mot kandidater, skulle skadeståndsgrundande krav kunna uppstå. I sådana fall är det fullt rimligt att leverantören får stå för ett eventuellt anspråk från tredje man.

På grund av upphandlingsföremålets karaktär, tjänster för genomförande av rekrytering, kan det aldrig bli fråga om indirekt skada mot tredje man såsom utebliven vinst. Det förefaller högst osannolikt att en kandidat, på grund av leverantörens beteende, skulle kunna åsamkas sådan indirekt skada som utebliven vinst och därefter kräva SKI eller upphandlande myndighet eller enhet på ersättning för detta. Om det ändå, mot förmodan, skulle inträffa, kan det knappast bli fråga om belopp på sådana nivåer att det skulle innebära ett större ekonomiskt risktagande för leverantören som inte täcks av befintlig företagsförsäkring.

Villkoret är lämpligt och effektivt för att uppnå det eftersträvade syftet att leverantören ansvarar för skador som leverantören vållar i samband med genomförande av rekryteringsuppdrag. Leverantören är den som har kontrollen över att uppdraget utförs på ett sådant sätt att skadestandsgrundande händelser undviks. Villkoret är nödvändigt för att hålla SKI och upphandlande myndighet eller enhet skadelösa för det fall leverantören orsakar egendomsskada och skadestandsanspråk från tredje man i samband med utförande av rekryteringsuppdrag. Att begränsa ansvaret genom att ange ett takbelopp skulle inte vara ett mindre ingripande alternativ, eftersom de ersättningar som kan komma ifråga vida understiger de belopp som normalt ingår i en företagsförsäkring. Den negativa effekten som detta villkor kan få för leverantören är så begränsad att åtgärden knappast kan anses vara oproportionerlig, dels på grund av de låga beloppen som kan komma ifråga och dels på grund av att anspråk för utebliven vinst aldrig kan aktualiseras.

TNG har beretts tillfälle att yttra sig över vad SKI anfört men har inte vidare avhört.

Förvaltningsrätten beslutade den 11 och 16 april 2013 att upphandlingen (mål 8272-13 och 8770-13) tills vidare inte får avslutas och kontrakt inte tecknas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU.

Den som ansöker om överprövning ska på ett klart och tydligt sätt ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att den upphandlande myndigheten har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Rätten kan då – oavsett vilken åtgärd sökanden yrkat - antingen besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten bedömer inledningsvis att det är obehövligt att förelägga TNG att närmare ange sitt yrkande om vilken åtgärd som ska vidtas.

Förvaltningsrätten går därefter vidare till att pröva frågan om SKI genom utformningen av förfrågningsunderlaget har brutit mot någon av de principer som ligger till grund för LOU eller unionsrätten (jfr RÅ 2002 ref. 50). TNG har anfört att SKI har brutit mot likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen eftersom skadeståndsansvaret enligt förfrågningsunderlagets utformning inte är reglerat då det saknas takbelopp för skadestånd, följdskada och indirekt skada.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantörer än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska tillgodoses. Likabehandlingsprincipen innebär ett krav på att lika anbud ska behandlas lika och att olika krav ska behandlas olika. Detta medför att viss hänsyn ska tas till anbudsgivarnas olika förutsättningar.

I avsnitt 5 Kommersiella villkor för Ramavtalet punkt 5.2.3 Skadeståndsskyldighet anges följande.

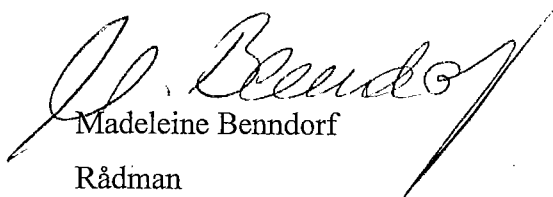
Ramavtalsleverantören svarar i förhållande till SKI för skadestånd, som SKI på grund av vållande hos Ramavtalsleverantören eller personal som denne svarar för, kan komma att förpliktigas utge till tredje man.

Förvaltningsrätten anser att det är naturligt att i ett kommersiellt avtal för rekryteringstjänster reglera ansvaret för skada som kan uppstå i samband med utförandet av tjänsten. Det är inte visat att utformningen av skadeståndsansvaret är oproportionerlig i förhållande till upphandlingsföremålet eller att det medför att mindre anbudsgivare missgynnas särskilt eller att större anbudsgivare särskilt premieras. Förvaltningsrätten finner att TNG inte har visat att SKI genom utformningen av skadeståndsansvaret har trätt någon av de principer som bär upp LOU och unionsrätten för när. Ansökan ska därför avslås.

Förvaltningsrätten har i domar denna dag avslagit ytterligare två ansökningar om överprövning av samma upphandling. Därigenom upphör förvaltningsrättens interimistiska beslut den 11 och 16 april 2013 att gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar återfinns i bilagan till denna dom (DV 3109 LOU)



Madeleine Benndorf
Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Victor Hylén har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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 ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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 ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.