



| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2014 -03- 2 0 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

KLAGANDE

Nokas Bevakning AB, 556197-3578

Ombud: Advokat Jimmy Cernelind och jur.kand. Christian Martinsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Västra Götalandsregionen

Ombud: Linda Stalfors
Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 11 oktober 2013 i mål nr 5582-13, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 18 oktober 2013 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Nokas Bevakning AB (Nokas) yrkar att upphandlingen ska göras om.

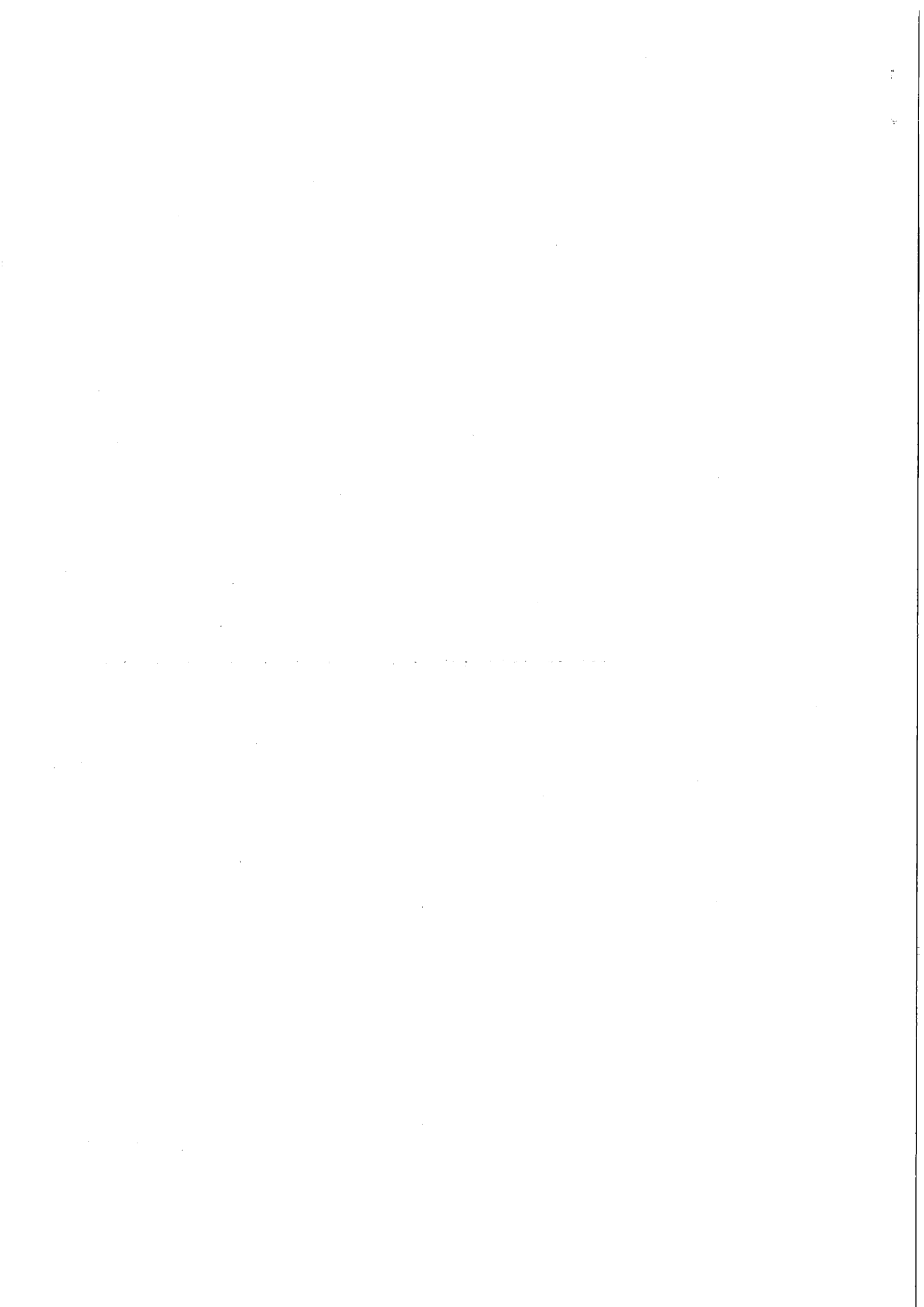
Västra Götalandsregionen (Regionen) anser att överklagandet ska avslås.

Parterna anför följande till stöd för sin respektive talan.

Nokas

I det aktuella förfrågningsunderlagets kravspecifikation uppställs under punkt 2.1 ett krav på att anbudsgivaren ska inneha Rikspolisstyrelsens auktorisation att bedriva bevakning av enskild person för dennes skydd. Eftersom Nokas saknar auktorisation för bevakning av enskild (livvaktsskydd) och förfrågningsunderlaget, till skillnad från övriga kategorier, inte medgav åberopande av annans kapacitet avseende livvaktsskydd ställde Nokas en fråga till Regionen beträffande krav på auktorisation för personskydd. Regionen avgav följande svar. *"Kravet på auktorisation kvarstår... Underleverantörer kan endast i undantagsfall användas och då efter beställarens specifika godkännande"*. Under processens gång har Regionen förtydligat att underleverantörer beträffande livvaktsskydd inte accepteras. Regionen anser inte att det har uppställts ett generellt förbud mot möjligheten att använda underleverantörer men anser samtidigt att anbudsgivarna själva måste ha auktorisation för personskydd. Regionen har således uppställt ett absolut hinder mot att ta i anspråk annans kapacitet i form av bland annat auktorisation. Regionens inställning står i direkt strid med LOU och EU-domstolens praxis och förvaltningsrättens domskäl kan inte uppfattas på annat sätt än att förvaltningsrätten delar Nokas uppfattning.

För det fall kammarrätten skulle anse att rätten att åberopa annans kapacitet inte är absolut, och att Regionens förbud mot att ta i anspråk annans auktorisation för personbevakning skulle kunna motiveras om åtgärden bedöms proportionell anför Nokas följande. I första hand är kravet på auktorisation i sig oproportionerligt. Nokas har visat att den del av upphandlingen som omfattas av auktorisationskravet uppgår till ca en promille av upphandlingens förväntade volym och att denna försumbara del utesluter Nokas från att på egen hand lämna anbud i upphandlingen. Det kan inte anses proportion-



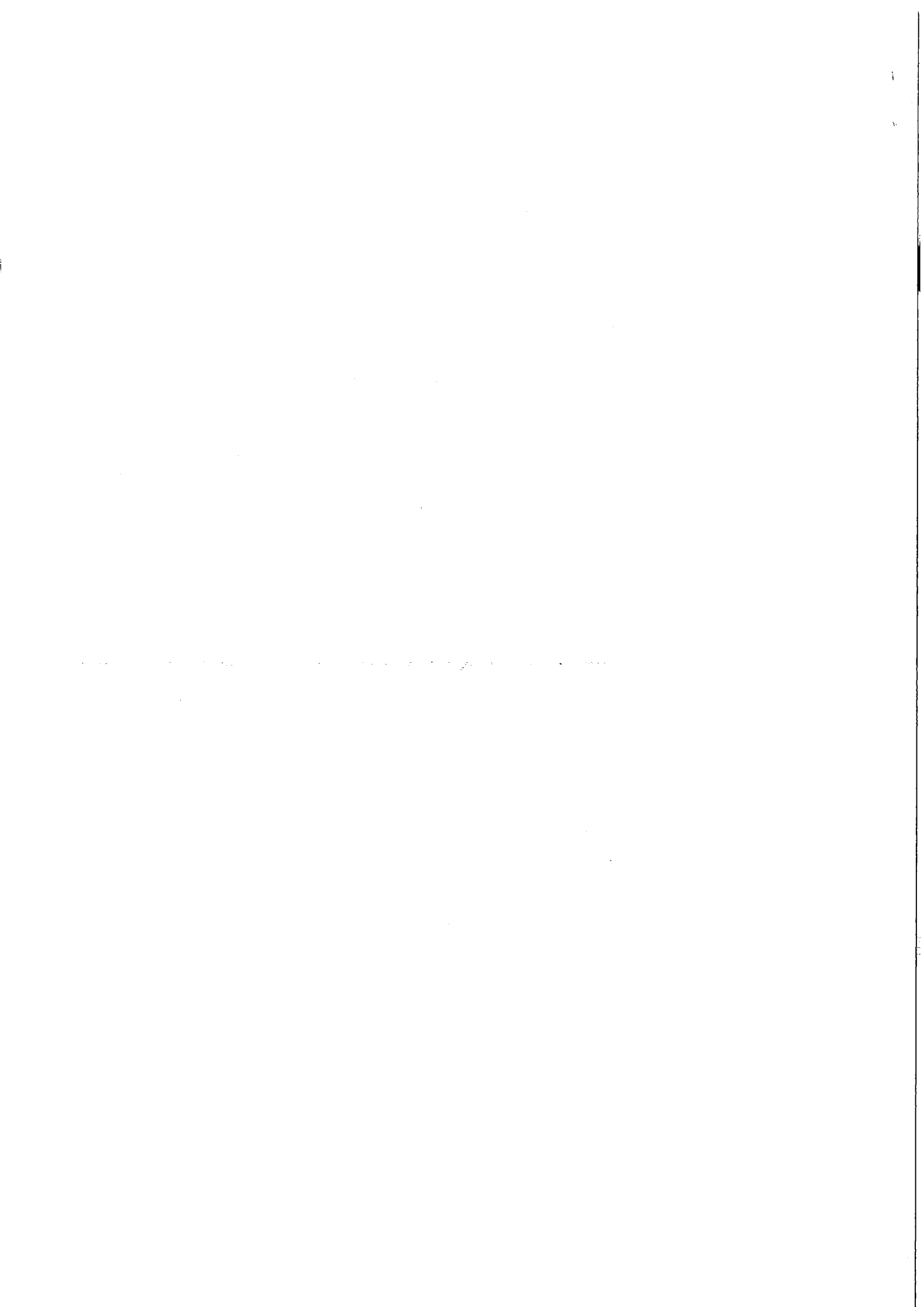
erligt att leverantörer som kan lämna anbud på 99,9 procent av upphandlingens volym utestängs från detta på grund av auktorisationskravet avseende personsbevakning. Det finns flera mindre ingripande åtgärder som stått Regionens till buds.

Under alla förhållanden är det inte proportionellt att förhindra leverantörer att ta i anspråk annans auktorisation för personbevakning. Nokas har redogjort för hur personbevakning utförs och av vem samt visat att Regionens farhågor om negativa konsekvenser vid leverantörsbyte uteslutande grundas på okunskap om hur personskydd genomförs. Tjänstens utförande påverkas inte av att underleverantör till Regionens avtalspart utför uppdraget.

Regionen

Det handlar inte om något generellt förbud mot att använda underleverantörer. Regionen har motiverat kravet på varför leverantören ska ha efterfrågade resurser tillgängliga i egen regi. Det har även angetts att underleverantörer kan bli aktuellt vid ett utökat krav på tillgänglig kompetens vilket även framgår av Regionens svar på den fråga som Nokas ställt. Det som Nokas tolkar som ett förbud mot att använda sig av underleverantörer är istället ett obligatoriskt krav avseende den kompetens som leverantörer ska kunna erbjuda.

Regionen instämmer i förvaltningsrättens bedömning att det inte kan bedömas som oproportionerligt att kräva att en anbudsgivare har en auktorisation för de efterfrågade tjänsterna samt att Nokas inte visat på vilket sätt de skulle lida skada eller riskera att lida skada. Regionen har motiverat varför det är viktigt att efterfrågad kompetens finns inom leverantörens egen verksamhet.




SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

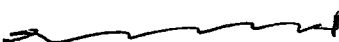
I punkten 2.1 i kravspecifikationen i förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivaren bl.a. ska inneha auktorisation att bedriva bevakning av enskild person för dennes skydd.

En upphandlande myndighet har en förhållandevis stor frihet att i ett förfrågningsunderlag ange vilka krav som en leverantör ska uppfylla för att komma i fråga för den upphandlade tjänsten. När det i ett fall som det aktuella handlar om en så kvalificerad tjänst som personskydd anser kammarrätten att Regionen haft fog för att kräva att anbudsgivaren innehar auktorisation för tjänsten. Ett sådant krav tar sikte på anbudsgivarens kompetens och innebär således inte att denne ska ha en viss kapacitet för att kunna utföra tjänsten. Det står därför enligt kammarrättens mening inte i strid med 15 kap. 15 a § LOU och kan inte heller anses oproportionerligt. Mot denna bakgrund och då det i övrigt inte framkommit skäl att ingripa enligt LOU ska överklagandet avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1). Möjligheten till domstolsprövning kan påverkas av händelser som inträffar inom den i bilagan angivna överklagandetiden tre veckor, se 16 kap. LOU.



Anders Bengtsson



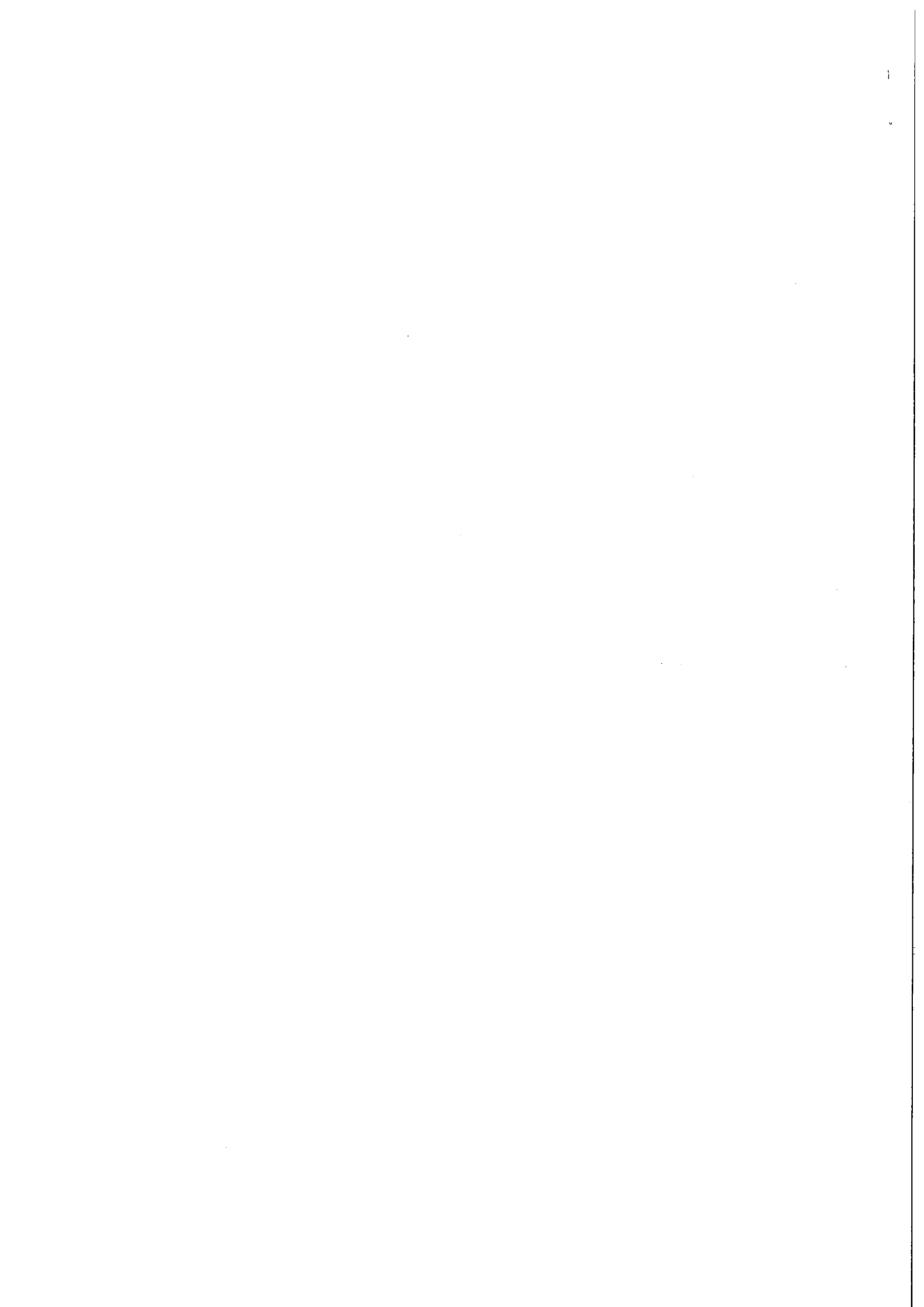
Niclas Falkendal
referent



Henrik Brüsin



/Emma-Sophie Borgland





FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM
2013-10-11
Meddelad i
Göteborg

Mål nr *Ab:18* Sida 1 (6)
5582-13 E
Enhet 2:2

Bilaga A

SÖKANDE

Nokas Bevakning AB, 556197-3578
Källhusgatan 3
416 64 Göteborg

Ombud: Advokat Jimmy Cernelind och Christian Martinsson
MSQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Västra Götalands läns landsting/Västra Götalandsregionen, 232100-0131
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

Ombud: Regionjurist Linda Stalfors
Västra Götalandsregionen
Regionkansliet/ Juridiska enheten
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrättens beslut den 21 maj 2013 upphör härmed att gälla.

Dok.Id 224609

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

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen har, i ett förenklat förfarande enligt LOU, inbjudit intresserade leverantörer att lämna anbud avseende Stationär och Ronderande Bevakning samt Personskydd för Västra Götalandsregionen, dnr SN 208/2012. Upphandlingen omfattar även Göteborgsoperan, Göteborg Symfoniker samt Västtrafik. Avtalet planeras gälla från och med den 2013-10-01 till och med den 2017-09-30, med möjlighet till förlängning i maximalt 24 månader. Upphandlingen ska utnyttjas i ramavtal med en leverantör per ett eller flera geografiska områden, där Västra Götalandsregionens olika verksamheter skall ges möjligheten att avropa tjänster från ett företag som yrkesmässigt utför bevakningstjänster för annans räkning. Anbudstiden löper ut den 21 maj 2013. Tilldelningsbeslut har ännu inte meddelats.

YRKANDEN M.M.

Nokas Bevakning AB (Nokas) yrkar i ansökan att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Därutöver yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska förordna att Västra Götalands läns landsting inte får ingå avtal om upphandlingen innan något annat har beslutats. Bolaget framför i ansökan sammanfattningsvis följande. Upphandlingen står i direkt strid med LOU och EU-domstolens praxis vad gäller möjligheten att återropa andra företags kapacitet. Västra Götalands läns landsting genomför upphandlingen på ett sätt som inte är förenligt med principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU. Förfrågningsunderlaget står i strid med principen om proportionalitet och i 1 kap. 9 § LOU. Kravet på auktorisation är oproportionerligt och starkt konkurrensbegränsade. Kravet på auktorisation är inte ändamålsenligt och bygger på en felaktig uppfattning om vad personskyddet innebär och hur denna tjänst bedrivs. Nokas lider skada eller kan komma att lida skada om den pågående upphandlingen fullföljs.

Västra Götalandsregionen (Regionen) bestrider Nokas yrkande och hemställer att domstolen avslår ansökan och i samband därmed upphäver det interimistiska beslutet. Regionen anför sammanfattningsvis bl.a. följande. Regionen har inte angett något förbud mot att använda sig av underleverantörer. Regionen har dock i kravspecifikationen krävt att leverantören ska kunna erbjuda de efterfrågade tjänsterna i egen regi. Först när den efterfrågade kompetensen inte skulle vara tillräcklig för Regionens behov kan underleverantörer bli aktuella. Syftet med kravet har inte varit att begränsa möjligheten att använda underleverantörer utan att istället på bästa sätt uppnå den höga nivå av säkerhet som Regionen har behov av. Tjänster som med det alltmer ökande antal hot är nödvändiga för att Regionen ska kunna fullgöra sina skyldigheter inom bl.a. hälso- och sjukvård, allmänna kommunikationer, kulturverksamhet, demokratiprocess med politiker och tjänstemän, utbildningsverksamhet m.m. Regionen menar att det saknas stöd för Nokas ansökan om överprövning. Inte heller finns det stöd för deras påstående om att potentiella anbudsgivare skulle ha avstått att lämna anbud p.g.a. ett otydligt förfrågningsunderlag. Den skada som Nokas påstår sig ha lidit/riskerat att lida utgörs av att bolaget inte innehar efterfrågad kompetens och därmed inte kan lämna anbud. Detta faktum innebär inte att Landstinget har agerat i strid med LOU på något sätt.

Förvaltningsrätten har den 21 maj 2013 beslutat att Västra Götalands läns landsting inte få ingå avtal om upphandlingen Stationär och Ronderande Bevakning samt Personskydd, dnr SN 208/2012, innan förvaltningsrätten har bestämt något annat.

DOMSKÅL

Enligt 16 kap. 4 § 1. LOU får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Om den upphandlande myndigheten har brutit

mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada ska rätten enligt 16 kap. 6 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Bestämmelsen i 16 kap. 4 § LOU reglerar talerätten. Vad beträffar denna är det sökandens egen uppfattning om skada eller risk för skada som är relevant. I 16 kap. 6 § regleras förutsättningarna för domstol att ingripa mot upphandlingen med stöd av vad som anförts i ansökningen. För att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, utan sökanden ska visa att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (jfr HFD mål nr 96-2013).

Parterna är ense om att kraven i förfrågningsunderlaget ska tolkas så att anbudsgivaren ska inneha auktorisation för de olika bevakningstjänsterna och personskyddet.

Nokas har hos förvaltningsrätten angett att bolaget har för avsikt att tillhandahålla samtliga tjänster förutom personsskyddstjänster. Efterfrågade personskyddstjänster kommer enligt ansökan att utföras av Nokas samarbetspartner som har sådan särskild auktorisation för detta, men att utförandet kommer arbetsledarmässigt att hanteras av Nokas som är anbudsgivare.

I artikel 47.2 och 3 i direktivet 2004/18/EG om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det klassiska direktivet) regleras möjligheten att anlita annat företags kapacitet enligt följande:

En ekonomisk aktör får vid behov och när det gäller ett bestämt kontrakt åberopa andra enheters kapacitet oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och dessa enheter. I detta fall skall han bevisa för den upphandlande myndigheten att han kommer att förfoga över

de nödvändiga resurserna, t.ex. genom att lägga fram ett åtagande från enheterna.

En grupp av ekonomiska aktörer enligt artikel 4 får på samma villkor åberopa resurserna hos deltagare i gruppen eller hos andra enheter.

Motsvarande bestämmelse i 11 kap. 12 § LOU anger följande.

En leverantör får vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören skall genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet skall fullgöras.

EU-domstolen har i ett avgörande sagt att det är tillåtet för en tjänsteleverantör som inte själv uppfyller de minimivillkor som krävs för att delta i ett förfarande för offentlig upphandling av tjänster att hos den upphandlande myndigheten åberopa kapacitet hos tredje man som han avser att utnyttja om kontraktet tilldelas honom. Externa referenser får emellertid enligt domstolen inte åberopas villkorslöst. Det ankommer nämligen på den upphandlande myndigheten att kontrollera tjänsteleverantörernas lämplighet i enlighet med de angivna kriterierna. Denna kontroll syftar i synnerhet till att garantera den upphandlande myndigheten att anbudsgivaren faktiskt kommer att kunna använda de medel av olika slag som han åberopar under den period som omfattas av kontraktet. Domstolen konstaterar därefter att när ett bolag, i syfte att tillåtas delta i ett anbuds förfarande, hänvisar till organ eller företag som det är knutet till genom direkta eller indirekta band, oavsett bandens rättsliga beskaffenhet, för att bevisa sin finansiella, ekonomiska och tekniska kapacitet, måste bolaget visa att det faktiskt förfogar över resurser hos dessa organ eller företag, som det inte självt äger men som är nödvändiga för att uppfylla kontrakten (dom den 2 december 1999, mål C-176/98).

Förvaltningsrätten konstaterar först att LOU innehåller bestämmelser om förbud i vissa fall mot att dela upp en upphandling för att kringgå tröskelvärden. Något hinder för Regionen att upphandla Stationär och Ronder-

ande Bevakning tillsammans med Personskydd framkommer inte av lagen. Det kan inte heller bedömas oproportionerligt att kräva att anbudsgivaren har en auktorisation för de efterfrågade tjänsterna.

I målet är ostridigt att Nokas inte innehar efterfrågad auktorisation inom området bevakning av enskild person för dennes skydd. Nokas har inte i ansökan om överprövning visat att bolaget faktiskt förfogar över den efterfrågade resursen så att bolaget kunnat lämna anbud på aktuella tjänster. Vad bolaget sagt om samarbetspartner visar således inte att uppställt kravet på ett åtagande är uppfyllt. Förvaltningsrätten finner därför att Nokas inte tillräckligt konkretiserat den skada bolaget lider eller riskerar att lida i aktuell upphandling. Förutsättningar för att vidare pröva ansökan saknas därför.

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



Silja Klint

Rådman

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. 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 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 krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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 innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. 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.

