



<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2016 -10- 2 1	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**KLAGANDE**

L.S. Tankservice Aktiebolag, 556119-7228

Ombud: Advokat Erik Olsson och jurist Olle Lindberg  
Advokatfirman Kahn Pedersen  
Box 16119  
103 23 Stockholm

**MOTPART**

Malmö kommun  
205 80 Malmö

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 2 september 2016 i mål nr 4043-16

**SAKEN**

Offentlig upphandling; fråga om prövningstillstånd

---

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten meddelar inte prövningstillstånd. Förvaltningsrättens avgörande står därför fast.

Kammarrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

---

**SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

För att kammarrätten ska pröva överklagandet krävs prövningstillstånd.

Prövningstillstånd ska meddelas om

- det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till (ändringsfall),

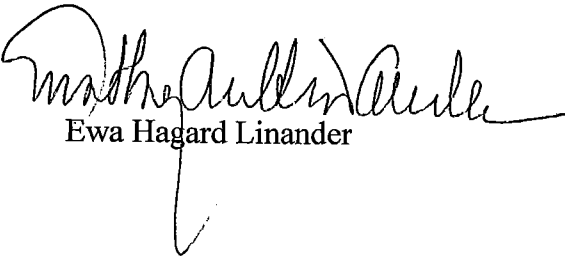
- det inte går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till utan att prövningstillstånd meddelas (granskningsfall),
- det är viktigt för ledningen av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt (prejudikatfall)  
eller
- det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet (extraordinära fall).

Detta framgår av 34 a § andra stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291).

Kammarrätten har gått igenom allt material som finns i målet och kommit fram till att prövningstillstånd inte ska meddelas. Överklagandet kommer därför inte att prövas av kammarrätten.

---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (formulär 9).

  
Ewa Hagard Linander

  
Silja Klint  
referent



**SÖKANDE**

L.S. Tankservice AB, 556119-7228

Ombud: Advokat Erik Olsson och jurist Olle Lindberg  
Advokatfirman Kahn Pedersen KB  
Box 16119  
103 23 Stockholm

**MOTPART**

Malmö stad  
205 80 Malmö

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår L.S. Tankservice AB:s ansökan.

---

## BAKGRUND

Malmö stad (Staden) genomför en upphandling av "Spolbilstjänst, dnr 16/28. Något tilldelningsbeslut är ännu inte fattat i upphandlingen. Förvaltningsrätten har den 27 april 2016 interimistiskt förordnat att Staden inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

## YRKANDE OCH INSTÄLLNING

*L.S. Tankservice AB (Tankservice)*

Tankservice ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin talan anför Tankservice bl.a. följande.

Staden har brutit mot principerna om likabehandling, transparens och proportionalitet i 1 kap. 9 § LOU genom att utforma förfrågningsunderlaget så att Staden ger sig själv oproportionerligt långtgående kontrollmöjligheter över vinnande anbudsgivare på ett fullständigt oförutsebart sett. Till följd av detta har Tankservice inte kunnat lämna anbud i upphandlingen och därmed lidit skada.

Av förfrågningsunderlaget framgår att leverantören måste acceptera de "villkor under avtalstiden" som framgår i avsnitt i förfrågningsunderlaget. Avsnitt 8.3.4 Vita jobb har följande innehåll:

*"Det är av vikt för Malmö stad att den, i avtalet, sysselsatta personalen lägst erhåller de sociala villkor som specificeras i förfrågningsunderlaget samt att gällande diskriminerings- och arbetsmarknadslagstiftning iakttas. Det är även av stor vikt för Malmö stad att i avtalet sysselsatta företag korrekt redovisar skatter och avgifter.*

*Leverantören åtar sig att följa angivna villkor samt tillämplig lagstiftning. Malmö stad har rätt att själv eller genom ombud kontrollera att villkoren uppfylls. Leverantör som utför arbete inom ramen för Avtalet är därvid skyldig att ge Malmö stad eller dennes ombud tillgång till erforderliga uppgifter som kommunen anser nödvändiga för denna kontroll. Leverantören svarar för att samtliga underleverantörer i sina avtal gör samma åtagande.”*

I avsnittet anges vidare följande:

*Beställaren, eller den som beställaren sätter i sitt ställe, äger rätt att när som helst, utanförvarning [sic], kontrollera att leverantören och dess underleverantörer uppfyller villkor genom t.ex. kontroll av närvarolista mot på arbetsplatsen närvarande personal, skattedeklarationer, skatteinbetalningar, bokföring samt leverantörens och dess underleverantörs anställdas arbets- och anställningsvillkor.”*

Nämnda avtalsvillkor utgör s.k. särskilda kontraktstvillkor. Att sådana villkor får ställas framgår uttryckligen av 6 kap. 13 § LOU. Genom att lagstiftaren i förarbetena (prop. 2006/7:128 s 200) har tydliggjort de grundläggande rättsprincipernas betydelse vid användandet av sådana villkor står det klart att det ställs särskilt höga krav på denna typ av villkor. Tanken är helt enkelt att minska upphandlande myndigheters fria skön vid utformningen av dessa och dylika villkor. Sammanfattningsvis kan sägas att särskilda kontraktstvillkor i en upphandling ska uppfylla följande tre krav.

- 1) Att kravet är proportionerligt, dvs. inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå sitt syfte
- 2) Att kravet är transparent, dvs. att kravets innebörd framgår på ett så tydligt sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan skapa sig en uppfattning om förutsättningarna för kontraktets fullgörande, och
- 3) Att kravet har en tydlig koppling till kontraktets föremål

Stadens krav på kontroll möter inte något av dessa kriterier. Om syftet med kontrollerna är att säkerställa att de uttryckligt ställda kraven efterlevs, finns det ingen som helst anledning för Staden att kräva tillgång till all annan information som en anbudsgivare kan tänkas ha. Kravet går helt klart långt utöver vad som är nödvändigt och därmed proportionellt för upphandlingen. Dessutom kommer krav som inte rör krav i upphandlingen inte knappast kunna bidra till någon effektiv kontroll över efterlevnaden av de underliggande kraven i upphandlingen. Det bör framhållas att denna typ av kontrollbefogenheter aldrig skulle accepteras mellan jämbördiga parter i det privata näringslivet. Kravet innebär att Staden medges utöva en tillsyn som det inte ankommer på Staden att utöva och på villkor som går långt utöver de villkor som enligt lag ges behöriga tillsynsmyndigheter.

Vidare framgår inte på något vis vad det aktuella kravet i praktiken innebär. Eftersom förfrågningsunderlaget endast svepande anger att Staden ska ges tillgång till alla uppgifter, vilka de än må vara och vad de än må avse, är det uppenbart att det aktuella kravet är helt oförutsägbart. Orden "erforderliga uppgifter" begränsar inte i tillräcklig mån Stadens kontrollmöjligheter. Såsom kravet är skrivet sker bedömningen av huruvida en uppgift är erforderlig eller inte utifrån vad Staden anser nödvändigt för dess kontroll. Med denna skrivning ges Staden så när som fullständigt tolkningsföreträde till vad Staden anser nödvändigt för dess kontroll. Skrivningen ger därmed litet eller intet stöd för leverantören att neka utgivande av uppgifter om Staden anser dem nödvändiga. Tankservices bedömning av kontraktsvillkoret är att det ger Staden en obegränsad möjlighet att kräva uppgifter. De handlingar som nämns i kravet är endast exempel på handlingar som kan bli föremål för kontroll. Även om listan vore uttömmande är den så omfattande att den svårigen kan anses förenlig med proportionalitetsprincipen.

Förutsättningarna för kontrollen framgår inte heller av förfrågningsunderlaget. Det anges inte när kontroller kommer att ske, vilka omständigheter som

ska vara för handen för att kontrollerna ska ske eller ens vem som ska utföra kontrollerna. Det förhållandet att kontroll kan ske "när som helst och utan förvarning" medför en i princip obegränsad rätt till gryningsräder som inte kan anses proportionerlig. Även vem som inom ramen för en kontroll får del av leverantörs uppgift eller insyn i en leverantörs verksamhet är relevant för proportionalitetsbedömningen eftersom det har betydelse för den skada som leverantören riskerar genom Stadens kontrollmöjligheter.

I Stadens krav har inte närmare preciserats hur personuppgifter ska hanteras, vilket ställer leverantören inför valet att antingen riskera att göra sig skyldig till avtalsbrott eller riskera att göra sig skyldig till överträdelse av personuppgiftlagens bestämmelser om behandling av personuppgifter. Ett krav som på detta sätt tvingar en leverantör till potentiellt lagbrott kan svårligen anses förenligt med proportionalitetsprincipen.

Då det aktuella kravet inte på något vis beskriver vad kravet innehåller är det omöjligt för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör att kunna tolka kravet på ett korrekt sätt och kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lämna anbud. Utformningen av förfrågningsunderlaget strider därmed mot principerna om likabehandling och transparens.

Eftersom Stadens kontrollmöjligheter är helt obegränsade är det uppenbart att de även kan komma att avse delar av leverantörens verksamhet som inte har med det relevanta kontraktet att göra. Därmed saknas den koppling till kontraktsföremålet som unionsrätten kräver och kravet ska även på denna grund underkännas.

Det ska framhållas att den relevanta kontrollen hade kunnat uppnås på ett väsentligen mindre ingripande sätt. Till exempel genom att i upphandlingen ställa krav på att leverantören på begäran av Staden ska ge en auktoriserad revisor i uppdrag att genom granskning av bolagets bokföring kontrollera

huruvida de aktuella kraven iakttas. Ett sådant krav hade sannolikt uppnått det av Staden angivna ändamålet på ett mindre ingripande men samtidigt mer effektivt sätt än de kontrollmöjligheter som Staden nu efterfrågar.

*Staden*

Staden bestrider ansökan och anför bl.a. följande.

Stadens krav är ställt mot bakgrund av att det är av stor vikt för Malmö stad att den i avtalet sysselsatta personalen lägst erhåller de sociala villkor som specificeras i förfrågningsunderlaget samt att i avtalet sysselsatta företag redovisar skatter och avgifter korrekt. Det är viktigt att upphandlande myndighet har möjlighet att genomföra kontroller av krav och avtalsvillkor i det upphandlade kontraktet. Avsaknad av avtalsuppföljning riskerar att gynna oseriösa leverantörer och snedvrida konkurrensen.

Det aktuella kontraktsvillkoret innehåller ett kontrollmoment där staden själv, eller genom ombud, ges rätt att kontrollera leverantörens uppfyllnad av kontraktsvillkoret. Kontrollmomentet är en led i avtalsuppföljningen varigenom beställaren önskar få verifierat att leverantören uppfyller avtalsvillkoret avseende personalens anställningsvillkor samt redovisning av skatter och avgifter. Under punkt 8.3.4 anges att

*/.../ Leverantör som utför arbete inom ramen för Avtalet är därvid skyldig att ge Malmö stad eller dennes ombud tillgång till erforderliga uppgifter som kommunen anser nödvändiga för denna kontroll.*

Betydelsen av *erforderliga* i sammanhanget är att endast sådana uppgifter som fordras för att kontrollera avtalsvillkorets uppfyllnad kan bli föremål för kontroll.



Staden har således inte – på så sätt som sökanden påstår – en så långtgående tillgång till en kommande leverantörs information att *alla* uppgifter kan bli föremål för kontroll. Möjligheten att erhålla uppgifter begränsas uttryckligen av att förfrågan avser arbete inom ramen för avtalet samt att endast *erforderliga* uppgifter kan efterfrågas för den uppföljande kontrollen. Inom ramen för erforderliga uppgifter bedömer staden vilka uppgifter som anses nödvändiga för att kontrollen ska fylla sitt syfte.

Vidare anges under 8.3.4 punkt 1.3:

*/.../ Beställaren, eller den som beställaren sätter i sitt ställe, äger rätt att när som helst, utanförvarning [sic], kontrollera att leverantören och dess underleverantörer uppfyller villkor genom t.ex. kontroll av närvarolista mot på arbetsplatsen närvarande personal, skattedeklarationer, skatteinbetalningar, bokföring samt leverantörens och dess underleverantörs anställdas arbets- och anställningsvillkor.*

Av villkorets ordalydelse framgår att Staden inte – såsom sökanden påstår – krävt tillgång till ”all annan information som en anbudsgivare kan tänkas ha” eller till ”alla uppgifter, vilka de än må vara och vad de än må avse”. Staden har genom villkorstexten gett exempel på handlingar som torde komma ifråga. Det vore inte ändamålsenligt att specificera handlingskategorierna närmare. Det kan finnas olika typer av handlingar vilka rubriceras eller benämns på olika sätt och erforderligheten kan givetvis förändras över tiden. Det bör även beaktas att en ansenlig del av kontrollfunktionen skulle förloras för det fall beställaren uttömmande skulle specificera vilka handlingar som kan komma att efterfrågas. Beträffande behandling av personuppgifter gäller att parternas avtal inte ger Staden rätt att begära att leverantören bryter mot personuppgiftslagens regler. Stadens uppföljning av andra befintliga avtal – innehållande klausulen avseende sociala villkor – har hittills inte inneburit att detaljerade uppgifter på individnivå har behövt behandlas. För det fall en sådan situation skulle vara aktuell kommer givetvis personuppgiftslagens regelverk att respekteras.

Förutsättningarna för kontrollerna – när som helst och utan förvarning – finns angivet i förfrågningsunderlaget. Leverantören är skyldig att uppfylla avtalsvillkoren under hela avtalsperioden varför tidpunkten för eventuella kontroller torde vara irrelevant. Kontrollen ska kunna ske vid vilken tidpunkt som helst utan att några särskilda omständigheter är för handen. Att i avtalet redovisa vilka eventuella omständigheter som skulle kunna föranleda kontroll eller vid vilka tidpunkter kontroller kan komma att genomföras skulle omintetgöra kontrollfunktionens effektivitet.

Kontroll av avtalsuppfyllelsen kan – inom avtalets ramar – göras av upphandlande myndighet eller dennes ombud. De regler som gäller för upphandlande myndighet ska självklart också iakttas av ombudet. I många fall är det inte möjligt att på förhand veta vem som kommer att genomföra upphandlingen och förutsättningarna för detta kan också förändras under avtals-tiden varför det inte kan specificeras i förfrågningsunderlaget. Villkoren för uppföljningen är dock desamma oavsett vem som faktiskt utför kontrollen och att närmare ange vem som kommer att utföra denna torde därför vara irrelevant för funktionen.

Upphandlande myndighet har en skyldighet att ställa krav som är kontrollerbara. Det finns inga bestämmelser i det upphandlingsrättsliga regelverket som anger hur krav och villkor ska följas upp, ramen utgörs ytterst av de upphandlingsrättsliga principerna. För det aktuella avtalsvillkoret har formerna för kontroll av villkorets uppfyllnad formulerats med den detaljeringsgrad som bedöms möjlig utan att syftet förfelas.

Att beställaren ges rätt att, själv eller genom ombud, kontrollera att leverantören efterlever avtalets villkor bedöms nödvändigt för att uppnå det eftersträfvade syftet. Att kontrollen görs på erforderliga handlingar är en lämplig och ändamålsenlig metod. Att i ytterligare mån närmare definiera eller spe-

cificera detaljerna kring en kontroll låter sig svårligen göras av ovannämnda skäl. Att specifikt ange när, hur ofta och vilka omständigheter som föranleder kontroll av det aktuella avtalsvillkoret skulle vara kontraproduktivt.

### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

#### *Tillämpliga bestämmelser*

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Tankservice gör gällande att Stadens särskilda villkor avseende Stadens kontrollbefogenhet, under punkt 8.3.4 Vita jobb i förfrågningsunderlaget, brister i proportionalitet och transparens samt saknar koppling till upphandlingsföremålet.

De grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU om bl.a. proportionalitet och transparens gäller för alla delar av upphandlingen och under hela upphandlingsförfarandet.

Av proportionalitetsprincipen följer att en upphandlande myndighet inte får ställa högre eller andra krav och villkor än sådana som kan anses vara nöd-

vändiga och ändamålsenliga i den aktuella upphandlingen för att uppnå ett i upphandlingen relevant syfte.

Krav och villkor måste alltså ha en klar koppling till upphandlingsföremålet och får endast ställas om syftet med kravet eller villkoret inte kan uppnås med en mindre ingripande åtgärd.

Krav och villkor måste därutöver, med hänvisning till transparensprincipen, vara tillräckligt tydliga och förutsebara för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan skapa sig en uppfattning om förutsättningarna för kontraktets fullgörande.

Syftet med det aktuella avtalsvillkoret är att Staden ska kunna kontrollera att krav och avtalsvillkor i det upphandlade kontraktet efterlevs. Villkoret har således en klar koppling till upphandlingsföremålet. Enligt uppställt villkor får endast *erforderliga* uppgifter för att kunna göra en sådan kontroll (och som kommunen dessutom anser nödvändiga) inhämtas. Villkoret innebär således inte att Staden (eller dennes ombud) kan begära vilka uppgifter som helst, utan enbart sådana som är behövliga för att kontrollera om krav och avtalsvillkor i det upphandlade kontraktet efterlevs. Att när som helst inhämta sådana uppgifter framstår som ett lämpligt och effektivt sätt att kunna kontrollera att en leverantör efterlever ställda krav och avtalsvillkor i det upphandlade kontraktet. Förvaltningsrätten anser inte att det framkommit att syftet med villkoret till fullo kunnat uppnås med en mindre ingripande åtgärd än att uppställa aktuellt villkor.

Även om de handlingar som Staden räknar upp inte är uttömmande anser förvaltningsrätten att villkoret måste anses tillräckligt tydligt och förutsebart för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan skapa sig en uppfattning om förutsättningarna för tillämpningen av villkoret vid kontraktets fullgörande.

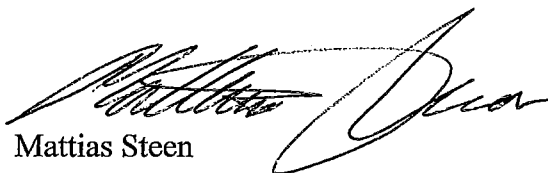
*Sammanfattning*

Förvaltningsrätten anser att det nu aktuella avtalsvillkoret har en klar koppling till upphandlingsföremålet och att villkoret inte kan anses strida mot proportionalitetsprincipen, transparensprincipen eller övriga principer i 1 kap. 9 § LOU.

Vad Tankservice anför utgör således inte någon grund för ett ingripande enligt LOU, varför ansökan ska avslås.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 27 april 2016 upphör därmed att gälla.

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

  
Mattias Steen

Anna Aktermo har föredragit målet.

## 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.