



KONKURRENSVERKET	
2015 -05- 2 1	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

1. BemanniQ AB, 556947-2375
Sveavägen 155
113 46 Stockholm

Ombud: Bolagsjurist Pontus Meilink
BemanniQ AB
Sveavägen 155
113 46 Stockholm

2. Bemannia AB, 556626-8347
Sveavägen 155
113 46 Stockholm

Ombud: Bolagsjurist Pontus Meilink
Bemannia AB
Sveavägen 155
113 46 Stockholm

MOTPART

Jönköping Airport AB, 556792-9905
Flygplatsvägen
555 93 Jönköping

Ombud: Stadsjurist Mathias Westergaard-Nielsen
Jönköpings kommun, Stadskontoret
551 89 Jönköping

ÖVERKLAGAT BESLUT

Jönköping Airport ABs beslut 2015-02-12

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår BemanniQ ABs och Bemannia ABs ansökningar om överprövning.

Dok.Id 162660

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Jönköping Airport AB genomförde en upphandling av bemanning av flygfraktterminal. Genom tilldelningsbeslut den 12 december 2014 antogs BemanniQ AB som leverantör av tjänsten. JAAB har därefter beslutat att avbryta pågående upphandling med motiveringen att tilldelad leverantör inte har uppfyllt de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget.

YRKANDEN

BemanniQ AB (BemanniQ) yrkar att förvaltningsrätten ska upphäva JAABs beslut att avbryta upphandlingen och förordna om att upphandlingen ska fullföljas i enlighet med förfrågningsunderlaget och BemanniQ tilldelas kontraktet.

Bemannia AB (Bemannia) yrkar att förvaltningsrätten ska upphäva JAABs beslut att avbryta upphandlingen och förordna om att upphandlingen ska fullföljas genom att nytt tilldelningsbeslut ska fattas innebärande att Bemannia tilldelas kontrakt.

Jönköping Airport AB (JAAB) yrkar att förvaltningsrätten lämnar ansökningarna utan bifall.

VAD PARTERNA ANFÖR

BemanniQ

Inför avtalsstart hade BemanniQ och JAAB ett uppstartsmöte för att gå igenom de praktiska detaljerna. Flygplatsen framförde önskemål om att BemanniQ skulle erbjuda den nuvarande personalen anställning vilket BemanniQ ställde sig positivt till. BemanniQ hade därefter samtal med all befintlig personal. Alla förutom en meddelade att de ville fortsätta arbeta

vid flygfraktterminalen i BemanniQs regi. Senare ville ingen i den befintliga personalen arbeta i BemanniQs regi. Under tiden ordnade BemanniQ ny personal som skulle kunna påbörja tjänstgöring vid flygfraktterminalen. Vid kontakter med ledningen för flygplatsen framkom att ledningen ansåg att det var en nödvändig förutsättning att den befintliga personalen fortsatte att arbeta med omlastningen. Flygplatsen ställde krav på BemanniQ att de skulle övertala personalen att arbeta för BemanniQ och ingen annan personal var aktuell för bemanning av fraktterminalen. BemanniQ fick inte kontakt med den befintliga personalen och meddelade JAAB att det fanns ny personal redo att börja arbeta men flygplatsen stod fast vid att ingen annan personal var aktuell. Flygplatsen har därmed fört in ett krav på att personalövertagande var nödvändigt trots att det kravet inte fanns i förfrågningsunderlaget. Trots att flygplatsen ratade den nya personalen från BemanniQ skickades från BemanniQ en begäran om registerkontroller på den nya personalen. BemanniQ fick då beskedet att flygplatsen inte utför säkerhetskontroll på personalen då det inte finns något avtal (utan säkerhetskontroll får personal inte arbeta vid flygplatsen). Påståendet att BemanniQ inte haft personal är således inte riktigt.

Det finns inga krav i upphandlingen om att det ska presenteras några anställningsavtal till JAAB. Däremot finns ett krav om att leverantören ska ha tillgång till en personalpool på minst sju personer. Detta krav har BemanniQ uppfyllt. Det framgår av omständigheten att BemanniQ begärt att den nya personalen ska säkerhetskontrolleras. Förutom dessa sju personer som presenterades först har BemanniQ även tillgång till åtminstone 40 personer ytterligare som uppfyller kompetensprofilen för omlastningsarbetare. Det har inte funnits svårigheter för BemanniQ att förse JAAB med personal, BemanniQ har dock inte lyckats överta den befintliga personalen.

BemanniQ har presenterat personal i enlighet med avtalet som uppfyller ställda krav i upphandlingen. Den skada som BemanniQ har lidit motsvarar

hela värdet av avtalet. JAAB har vägrat att säkerhetskontrollera den personal som BemanniQ har presenterat då flygplatsen har meddelat BemanniQ att endast den befintliga personalen är aktuell för arbete.

Bemannia

I det tilldelningsbeslut som JAAB meddelat i upphandlingen framgår att BemanniQ vann upphandlingen, av utvärderingsprotokollet framgår att Bemannia rangordnades som nummer två i upphandlingen. Av avbrytandebeslutet framgår att skälen till avbrytande var att vinnande anbud inte kunde ställa önskad personal till förfogande och att flygplatsen kommer att upphandla på nytt. Flygplatsen borde, istället för att avbryta upphandlingen, ha fattat ett nytt tilldelningsbeslut innebärande att Bemannia tilldelades kontrakt.

BemanniQ och Bemannia är två olika juridiska personer och det finns inget hållbart eller relevant skäl för att dessa två bolag ska behandlas som ett och samma bolag. Det är felaktigt att BemanniQ inte har några anställda men det är riktigt att Bemannia inte har det. Bemannia fungerar som ett anbudsgivande bolag som blir avtalspart och Bemannia kontor AB och Bemannia Logistics AB är helägda dotterbolag till Bemannia. I bolagen finns konsulterna som hyr ut anställda, BemanniQ har inte denna bolagskonstruktion. BemanniQ är helt fristående från Bemanniakoncernen och den enda gemensamma nämnaren är den att det är samma ägare. Det är helt felaktigt att Bemannia inte skulle kunna presentera en konsultpool i enlighet med det upphandlade avtalet. Bemannia har en mångårig erfarenhet av att leverera personal med mycket skiftande kompetensprofiler och skulle med lätt het kunna leverera sju personer som ska arbeta som omlastningsarbetare vid JAAB. Bemannia har lidit skada på grund av att JAAB har avbrutit upphandlingen utan att fatta ett nytt tilldelningsbeslut innebärande att Bemannia ska tilldelas kontrakt. Bemannias skada uppgår till hela avtalets värde.

JAAB

Det är korrekt att JAAB har frågat om BemanniQ var intresserade av att överta befintlig personal, men JAAB har inte vare sig i förfrågningsunderlaget eller på annat sätt ställt krav på att BemanniQ måste överta personalen. Det är beklagligt att BemanniQ och den befintliga personalen inte har kunnat komma överens, men det fråntar inte BemanniQ ansvar som leverantör att tillhandahålla personal i enlighet med förfrågningsunderlagets. Av punkt 2.5.2.1. *Allmän erfarenhet och kompetens* i förfrågningsunderlaget framgår att leverantören ska ha en personalpool om minst sju stycken under de första månaderna av avtalstiden. Av punkten 3.1.2.5. *Utbildning och behörighet* framgår att personalen ska uppfylla krav om att registerkontroll ska göras och att den nya personalen ska gå bredvid befintlig personal i minst två skift.

BemanniQ och JAAB avtalade vid uppstartsmötet om att personal i BemanniQs regi skulle börja den 2 februari. Parterna bestämde även ett avstämningmöte till början av vecka fem. BemanniQ skulle fram till dess träffa befintlig personal och förhandla med dessa om en övergång. I början av vecka fem har BemanniQ inte löst bemanningen. JAAB skjuter därefter upp starttiden för personalen till den 9 februari för att ge BemanniQ mer tid att tillhandahålla personal, då ännu inte några anställningsavtal har skickats till JAAB. BemanniQ bekräftar den 29 januari att start kan ske den 9 februari och att anställningsavtalen avseende berörd personal ska skickas till JAAB den kommande veckan. Några avtal kommer inte JAAB tillhanda och JAAB kallar därför till möte. Parterna kommer inte fram till någon lösning vid mötet varför JAAB den 5 februari meddelar BemanniQ att något avtal inte kommer att skrivas eftersom BemanniQ trots påtryckningar inte har kunnat visa att de kan leverera den krävda bemanningen.

BemanniQ har inte presenterat några anställningskontrakt eller på annat sätt visat vilken personal som de avser använda för att kunna utföra uppdraget i enlighet med förfrågningsunderlaget. Det finns inget krav i förfrågningsunderlaget om att leverantören ska visa upp anställningsavtal. Leverantören ska dock från tecknandet av avtalet ha en personalpool. Verksamheten är speciell då personalen endast arbetar deltid (cirka 40 procent av en heltidstjänst) på natten. Det ställer höga krav på hänsyn, lokala kontakter och nätverk för en fungerande bemanning. Verksamheten är också känslig för störningar och JAAB måste på något sätt kunna säkerställa att leverantören kan leverera i enlighet med kraven. Att då kräva att leverantören visar att de har den personal som krävs genom att begära in anställningsavtal är rimligt. Klart är att BemanniQ inte genom anställningsavtal eller på annat sätt har visat att de uppfyller kravet på personalpool. Därför skrevs inget avtal med BemanniQ.

JAAB har i det läget haft rätt att ompröva sitt tilldelningsbeslut och fatta ett nytt. JAAB beslutade dock att avbryta upphandlingen och driva verksamheten i egen regi. Detta beror på att den aktuella verksamheten är mycket känslig och minsta störning kan äventyra kundernas upplägg med vidareflyg, distributionsbilar m.m. JAAB hade därför inte möjlighet att gå vidare med upphandlingen. Bemanningen av flygfraktsterminalen drivs idag i egen regi. Behov av att upphandla tjänsten finns därför inte längre.

Även om domstolen finner att det inte fanns sakliga skäl att avbryta upphandlingen ska BemanniQs yrkande avslås. Även vid en överprövning av ett avbrytandebeslut krävs att sökanden har lidit eller kan komma att lida skada. BemanniQ har inte klarat av att leverera personal och har därmed inte uppfyllt de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget. Eftersom det fanns grund för att ompröva tilldelningsbeslutet så kan BemanniQ inte heller anses ha lidit skada i anledning av avbrytandebeslutet.

BemanniQ och Bemannia är förvisso två skilda juridiska personer, deras anbud bör dock behandlas som om de var lämnade av samma företag av följande skäl. Av anbuden framgår att BemanniQ och Bemannia har för avsikt att anlita samma underleverantörer (Bemannia kontor AB och Bemannia Logistics AB). Vare sig BemanniQ eller Bemannia synes ha några anställda och har därmed ingen möjlighet att klara uppdraget utan dessa leverantörer. Upphandlingens kontaktperson är den samma i båda anbudena och bolagen har samma VD. JAAB hade i allt väsentligt erhållit samma leverantör oavsett om BemanniQ eller Bemannia tilldelats kontraktet. Bemannia ska i nu aktuellt hänseende därför sättas i samma sits som BemanniQ. Bemannia har därmed inte lidit skada eller kan inte heller komma att lida skada i anledning av att JAAB har avbrutit upphandlingen.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler m.m.

Av 1 kap. 24 § LUF framgår följande. Upphandlande enheter 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.

Upphandlande myndighet har enligt EU-domstolens praxis ingen skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (C-92/00, HI (REG 2002 s. 1-5553). Av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 43 följer att en upphandlande myndighet har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas. Ett beslut att avbryta en upphandling måste dock vila på sakligt godtagbara skäl och följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget (se bl.a. C-92/00, HI (REG 2002 s. 1-5553), RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref. 43). Det är den upphandlande myndigheten som har bevis-

bördan för att det föreligger sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande (se bl.a. Kammarrätten i Stockholms dom den januari 2013, mål nr 4691-12).

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandlande myndighet har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas. Ett beslut att avbryta en upphandling måste dock vila på sakligt godtagbara skäl och följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget.

Förvaltningsrätten har att pröva om den grund som JAAB har angett som skäl för avbrytandebeslutet kan anses utgöra sakligt godtagbart skäl för att avbryta upphandlingen samt om de grundläggande principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande har trätts för när genom avbrytandebeslutet.

Bland skäl som i praxis har ansetts vara sakligt godtagbara kan bl.a. nämnas omständigheten att endast ett anbud återstår, dvs. bristande konkurrens (jfr C-27/98, Fracasso och Leitschutz (REG 1999, s. 1-5697) och RÅ 2008 ref. 35), att en upphandlande enhet efter att ha bedömt anbuden inser att den med hänsyn till innehållet eller brister i förfrågningsunderlaget inte har möjlighet att välja det bästa anbudet (jfr C-244/02, Kauppatalo Hansel (REG 2003, s. 1-12139) och för dyra anbud (jfr RÅ 2009 ref. 43). Förutsättningarna för en upphandling kan även till följd av oförutsedda händelser komma att ändras under upphandlingens gång och det skulle, beroende på händelsernas art, kunna utgöra ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta en upphandling. Det finns dock ingen uppräknning eller exakt ram för vad som utgör godtagbara skäl.

Av avbrytandebeslutet framgår att skälet för avbrytandet har varit att BemmannIQ efter att tilldelningsbeslutet fattades, inte har kunnat visa att

de uppfyller i upphandlingen angivna krav. Av upphandlingens förfrågningsunderlag framgår bl.a. att krav uppställs på leverantören att tillhandahålla personal i enlighet med förfrågningsunderlagets. Av punkt 2.5.2.1. *Allmän erfarenhet och kompetens* i förfrågningsunderlaget framgår att leverantören ska ha en personalpool om minst sju stycken under de första månaderna av avtalstiden. BemanniQ har anfört att de har uppfyllt samtliga krav i förfrågningsunderlaget. JAAB har anfört att BemanniQ inte har visat upp anställningsavtal för personal som överensstämmer med kravprofilen i förfrågningsunderlagets punkt 3.1.2.5. *Utbildning och behörighet*.

Av förfrågningsunderlaget framgår under punkten 3.1.1.1. *Anbudsprövning* att beställaren förbehåller sig rätten att kontrollera och inhämta bevis för att leverantörens utfästelser är korrekta och att ställda krav i förfrågningsunderlaget uppfylls eller kommer att uppfyllas under avtalstiden. Att ställa krav på bevis om att faktisk personal finns att tillgå innan ett kontrakt sluts, i form av exempelvis anställningsavtal, kan därför inte innebära att ett nytt krav uppställs från JAABs sida.

Vidare framgår av punkten 3.1.2.5. *Utbildning och behörighet* att den nya personalen som tillhandahålls av leverantören ska gå bredvid befintlig personal i minst två skift. Det framgår också att leverantören ansvarar för att personalen har rätt utbildning och behörighet enligt förfrågningsunderlaget.

JAAB har ansett sig inte kunna tilldela BemanniQ kontrakt för att leverera den tjänst som upphandlats eftersom BemanniQ inte har visat att de kan leverera tjänsten i enlighet med i de upphandlingens förfrågningsunderlag ställda krav. Mot bakgrund av detta och vad som i övrigt framkommit i målet finner inte förvaltningsrätten skäl att ifrågasätta denna JAABs bedömning.

Eftersom kontrakt med vinnande anbud inte har kunnat slutas, trots att BemanniQ även har erhållit något förlängd tid för att visa att de kunde uppfylla de i upphandlingen ställda kraven, har JAAB beslutat att avbryta upphandlingen och driva verksamheten i egen regi. JAAB har anfört att detta varit nödvändigt med anledning av att den aktuella verksamheten är mycket känslig och minsta störning kan äventyra kundernas upplägg med vidareflyg, distributionsbilar m.m. JAAB har anfört att det med hänsyn till verksamhetens art därför inte har varit möjligt för JAAB att gå vidare med upphandlingen.

Förvaltningsrätten finner med ledning av tidigare redovisad praxis att det måste finnas möjlighet att anpassa upphandlingens fortskridande till verksamhetens art. Detta under förutsättning att de grundläggande bestämmelserna i fördraget följs samt att principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande inte träds för när.

Förfarandet för JAAB att gå vidare med upphandlingen för att utvärdera övriga anbud, efter det att tilldelningsbeslut tidigare fattats, skulle ha inneburit ytterligare fördröjning av tjänstens levererans. Med hänsyn till vad som anförts om avsaknaden av möjlighet att sluta kontrakt med vinnande anbud, verksamhetens art, upphandlingens syfte och vad som övrigt har framkommit i målet måste beslutet att avbryta upphandlingen anses vila på saklig grund. Trots att det kan finnas skäl att anmärka på den upphandlande myndighetens tydlighet under förfarandet, finner förvaltningsrätten vid en helhetsbedömning att det inte har framkommit att de grundläggande principerna i unionsrätten träts för när.

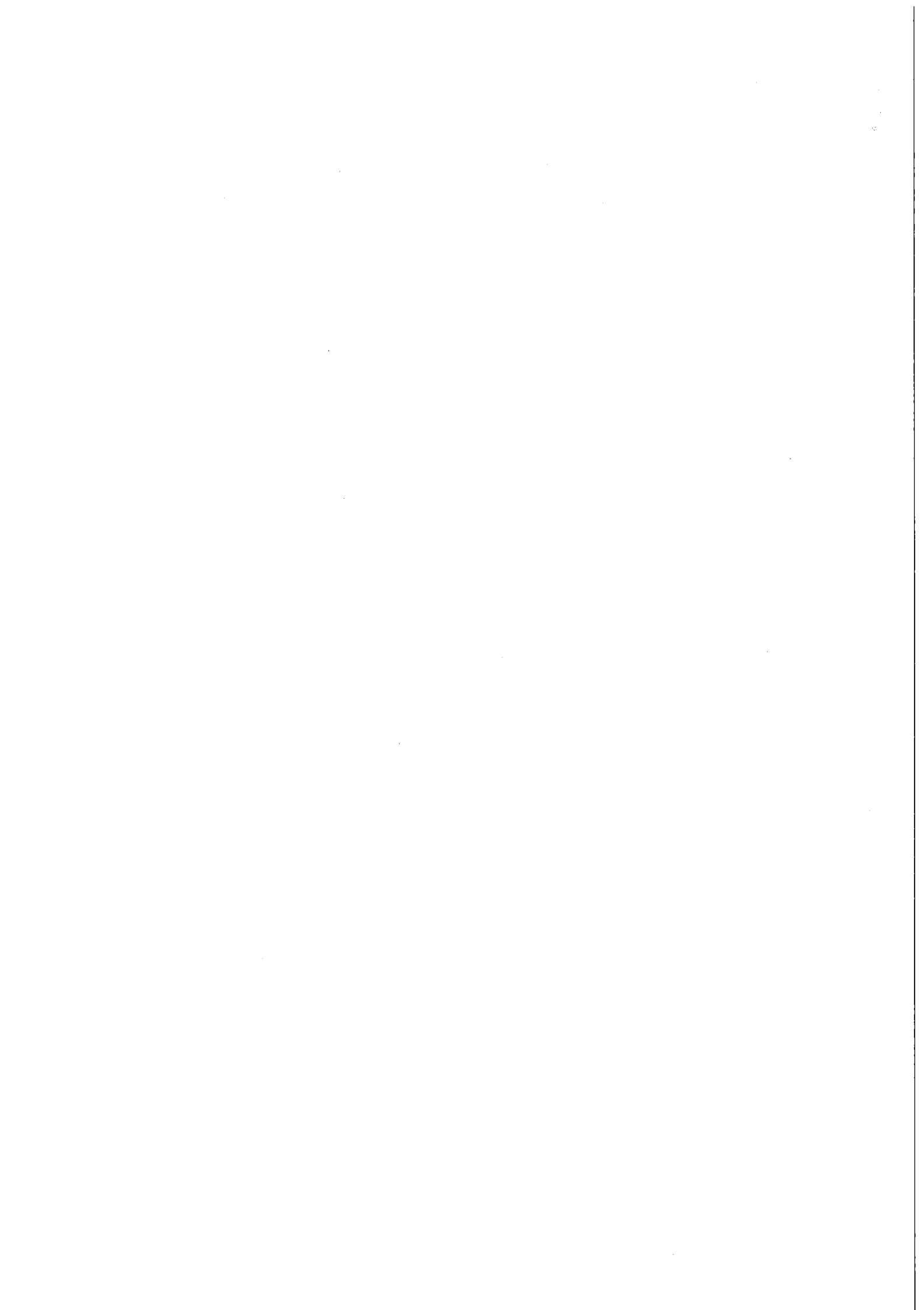
Mot bakgrund av detta har det inte funnits skäl för JAAB att gå vidare i upphandlingen för att utvärdera Bemannias anbud eller fatta ett nytt tilldelningsbeslut. Förvaltningsrätten finner således vid en samlad bedömning att

JAABs beslut att avbryta upphandlingen har vilat på sakligt godtagbara skäl och att det inte framkommit att de grundläggande principerna i unionsrätten har trätts för när. BemanniQs och Bemannias ansökningar ska därför avslås.

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


Susanne Karlberg

Föredragande har varit Angelica Hage.





SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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.

