



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 1

DOM
2017-10-05
Meddelad i Uppsala

Mål nr
4409-4410-17 E

SÖKANDE

1. Tempest Security AB, 556695-6552

Ombud: Advokat Jerker Alm
Advokatfirman Vinge KB
Box 1064
251 10 Helsingborg

2. Security Assistance Syd AB, 556672-8605

Ombud: Magnus Gäfvert
Tempest Security AB
Box 14067
200 24 Malmö

KONKURRENSVERKET	
2018-05-03	
Avd	
Dnr	
KSnr	AK001

MOTPART

Länsstyrelsen i Stockholms län
Box 22067
104 22 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 218228

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Telefax
018-10 00 34

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Länsstyrelsen i Stockholms län (länsstyrelsen) har genomfört en upphandling av bevakningstjänster, dnr 114-21501-2016. Länsstyrelsen har fattat tilldelningsbeslut och antagit anbudet från Nokas Security AB.

Tempest Security AB (Tempest) och **Security Assistance Syd AB** (Security Assistance) i **konsortium** (konsortiet) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att den ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs med beaktande av konsortiets anbud och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför konsortiet i huvudsak följande.

Enligt LOU har grupper av leverantörer rätt att ansöka om att få lämna anbud. En upphandlande myndighet får inte ställa upp krav på att sådana grupper ska ha en viss bestämd juridisk form. Enligt svensk rätt är ett konsortium att betrakta som ett enkelt bolag. Ett anbudskonsortium avser normalt ett anbud som inte anger ett enskilt företag som anbudsgivare, utan flera företag som gemensamt upprättat och står bakom ett visst anbud, vilket är fallet i denna upphandling. Länsstyrelsen har inte godkänt upplägget utan valt att betrakta ett av bolagen, Tempest, som underleverantör. Att ett av bolagen skulle vara att betrakta som underleverantör är enligt konsortiets uppfattning felaktigt, eftersom hela idén om att ingå avtal om konsortium därmed faller. Länsstyrelsen har vidare förkastat anbudet med motiveringen att det gjorts åtaganden för verksamhetsslag som det saknas auktorisation för.

Eftersom Tempest inte själv innehar den auktorisation som krävs valde Tempest att tillsammans med Security Assistance, genom konsortiet, lämna anbud. Konsortiets anbud innebär som sådant att Tempest utför de tjänster

Tempest innehar auktorisation för och att Security Assistance utför de tjänster Security Assistance innehar auktorisation för. Således skulle samtliga uppdrag komma att utföras i enlighet med gällande lagstiftning.

Av lagen (1974:191) om bevakningsföretag, BevL, följer att bevakningsföretag inte får bedriva den verksamhet som framgår av 1 § utan tillstånd (auktorisering). Av BevL framgår inte explicit vad som gäller vid åberopande av annan leverantörs kapacitet i upphandlingsprocesser och BevL måste tolkas så att kravet om auktorisation avser det företag som utför arbetet som sådant. Skrivelsen i 2 § BevL innebär inte per definition att det är förbjudet för ett icke auktoriserat företag att, i samband med exempelvis inlämnande av anbud i en offentlig upphandling, åberopa ett annat företags kapacitet under förutsättning att det är det auktoriserade företaget som utför tjänsten som sådan. Inte heller kan BevL tolkas på så sätt att det är i strid med lagen att lämna anbud genom ett konsortium bestående av två företag varvid respektive företag utför det uppdrag företaget innehar auktorisation för.

Då det i förevarande fall rör sig om två väletablerade företag, varvid respektive företag kommer att utföra det faktiska arbetet i förhållande till den verksamhet företaget ifråga har auktorisation för, vore det oproportionerligt och konkurrensbegränsande att förkasta konsortiets anbud. Det bör även understrykas att vad länsstyrelsen anför i förhållande till auktorisationskravet måste ställas i relation till den begränsning detta innebär vad gäller leverantörens rätt att utnyttja andra företags kapacitet för fullgörande av kontrakt enligt upphandlingsreglerna. En sådan rätt för leverantören måste anses långtgående och kan endast inskränkas i undantagsfall. Föreliggande situation kan inte anses vara ett sådant undantagsfall då konsortiet inte bryter mot reglerna om auktorisation. Bestämmelserna om åberopande av annans kapacitet måste här anses tillämpliga, i vart fall analogt.

Även om de av länsstyrelsen åberopade domarna från förvaltningsrätt inte är prejudicerande ska emellertid följande framhållas avseende Förvaltningsrätten i Jönköpings dom i mål nr 5838-16. Inte något av den redovisning som domstolen gör motsäger att ett uppdrag med såväl bevakning som larmcentral skulle kunna utföras av två företag som innehar auktorisation för respektive del. Vad lagtexten och de av domstolen redovisade utdragen från förarbetena visar är att det företag som *utför* en viss auktorisationspliktig verksamhet måste ha auktorisation. Vare sig lagtexten eller förarbetena säger något om att det måste vara ett enda företag/en enda juridisk person som utför tjänsterna om dessa består av sinsemellan olika auktorisationspliktiga tjänster.

Det är inte heller så att lagens påföljdsbestämmelser skulle förlora sin betydelse i fall att två samarbetande företag skulle utföra auktorisationspliktiga tjänster i form av konsortium eller i form av huvud/-underleverantör. Att en leverantör åtar sig ett avtalsrättsligt ansvar gentemot den upphandlande myndigheten att utföra exempelvis två tjänster där leverantören för egen del enbart innehar auktorisation för den ena tjänsten innebär inte att BevL överträds om leverantören samarbetar med en annan leverantör som har auktorisation för den andra tjänsten.

Väsentligt är att skilja mellan anbudsgivare respektive bevakningsföretag. Utförandet av aktuella tjänster ska ske av bevakningsföretag, men det innebär inte att anbudsgivaren för egen del måste ha auktorisation i samtliga delar utan avgörande är att tjänsterna utförs av auktoriserade bevakningsföretag. Länsstyrelsen blandar felaktigt ihop det avtalsrättsliga åtagandet om att ansvara för att tjänsterna utförs å ena sidan med själva utförandet å andra sidan. Länsstyrelsen har samtliga möjligheter till uppföljning och kontroll som BevL ger i förhållande till den eller de som de facto utför ett uppdrag, oberoende av avtalskonstruktion. Det finns inget som hindrar att Tempest i förhållande till länsstyrelsen åtar sig ett avtalsrättsligt ansvar och en avtals-

rättslig förpliktelse för utförandet av larmtjänsten, utan avgörande är att förpliktelsen uppfylls, dvs. att utförandet av larmtjänsten sker av bevakningsföretag som har auktorisation, i det aktuella fallet av Security Assistance.

I Sverige finns det ca 170 bevakningsoperatörer, dvs. företag som är auktoriserade inom bevakningsdelen. Utöver det finns det ett stort antal företag som endast är verksamma och auktoriserade inom larmdelen. Tillsammans utgör dessa företag en stor del av respektive marknad. Länsstyrelsens upphandling, vilken avser leverans av dels bevakningstjänster och dels larmtjänster, innebär i praktiken att upphandlingen endast riktar sig till sex företag. Det finns endast sex företag på marknaden som har auktorisation att utföra bevakningstjänster i kombination med larmtjänster. I förevarande fall har även ett ytterligare krav om personskydd tillkommit, vilket sänker antalet auktoriserade företag till endast tre stycken i Sverige.

Länsstyrelsen har, genom att upphandla dels bevakningstjänster, dels larmtjänster, inom samma upphandlingsprocess klart begränsat konkurrensen på marknaden. Dessutom tillkommer att det är länsstyrelsen, som godkänner och tilldelar företag auktorisation, vilket innebär att länsstyrelsen i viss utsträckning kan styra marknaden. Upplägget i upphandlingen i form av att kräva en auktoriserad leverantör av larmdelen och bevakningsdelen innebär en otillåten konkurrensbegränsning. Länsstyrelsen hade kunnat erhålla samma resultat av tjänsterna om upphandlingen delats upp i två eller tre delar med möjlighet att lämna anbud på var och en av delarna. Att dela upp upphandlingen i två separata delar hade inte inneburit något extra arbete för länsstyrelsen.

Det är inte nödvändigt att larmtjänsten och bevakningstjänsten utförs av samma företag, då det inte föreligger något funktionellt samband mellan tjänsterna. Paketeringen av upphandlingen med det tillhörande kravet om att en och samma juridiska person måste inneha auktorisation för samtliga delar

är i strid med proportionalitetsprincipen och innebär en konkurrensbegränsning. Länsstyrelsen har bevisbördan, dvs. måste visa att samtliga steg i proportionalitetsbedömningen utfaller till länsstyrelsens fördel.

Länsstyrelsen påstår att en uppdelning av bevakningstjänst och larmtjänst på olika företag skulle riskera att information går förlorad vid överföringen av informationen från larmcentralen till den bevakande personalen. Länsstyrelsen har inte visat något orsakssamband utan detta är endast ett påstående. Avgörande är hur kommunikationen sker och inte om den sker inom en enhet eller mellan två enheter. Vidare ska framhållas att det i verkligheten är vanligt att larmtjänsten och bevakningstjänsten utförs av skilda juridiska personer. Länsstyrelsen påstår vidare att en uppdelning av tjänsterna skulle allvarligt försämra möjligheter till kontroll och ansvarsutkrävande. Detta är inget sakligt skäl. Om så vore fallet skulle det skälet kunna åberopas av varje upphandlande myndighet som grund för att slippa dela upp en upphandling och iaktta konkurrensen.

Länsstyrelsen har vidare underkänt referenser med hänvisning till att de åberopade uppdragen inte innehåller samtliga aktuella delar. Konsortiet anser dock inte att något sådant krav följer av förfrågningsunderlaget.

Då konsortiet lämnat lägsta pris och därmed haft stora möjligheter att vinna upphandlingen, har konsortiet lidit ekonomisk skada då det på felaktiga grunder diskvalificerats i upphandlingen. Konsortiet har i vart fall lidit skada eftersom länsstyrelsen i strid med LOU upphandlat två vitt skilda tjänster i samma upphandlingsprocess, vilket begränsat konkurrensen på marknaden.

Länsstyrelsen bestrider bifall till ansökan och yrkar att den ska avslås.

Länsstyrelsen anför vidare att för det fall att rätten ändå skulle finna att det föreligger fel i den aktuella upphandlingen torde den enda möjliga påföljden vara att upphandlingen görs om i sin helhet.

Till stöd för sin talan anför länsstyrelsen i huvudsak följande.

I 1 § första stycket BevL definieras vad som avses med bevakningsföretag. Av 2 § första stycket BevL framgår att sådana företag inte får bedriva verksamhet utan tillstånd enligt denna lag (auktorisering). Av 3 a § BevL framgår att det i ett beslut om auktorisering ska anges vilket eller vilka slag av verksamheter som auktoriseringen avser. Länsstyrelsen har under upphandlingen ställt krav på att anbudsgivaren ska ha auktorisering för fyra olika verksamhetslag. Det är ostridigt att varken Tempest eller Security Assistance har auktorisering för samtliga dessa fyra verksamhetslag. Enligt Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 29 april 2015, mål nr 17557-14, innebär bestämmelserna i BevL att ett bevakningsföretag måste ha auktorisering för samtliga verksamhetslag som företaget ingår avtal om att tillhandahålla. Enligt Förvaltningsrätten i Jönköpings dom den 26 april 2017, mål nr 5838-16, följer det av BevL att det saknas lagliga förutsättningar för ett bevakningsföretag att lämna anbud och tilldelas avtal för sådan bevakningsverksamhet som det inte har egen auktorisering för och att det även gäller om leverantören har för avsikt att anlita underleverantör som har relevant auktorisering. Ett konsortium är att betrakta som ett enkelt bolag. Enligt 1 kap. 4 § lagen (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag kan ett enkelt bolag inte förvärva rättigheter och ikläda sig skyldighet och enligt 4 kap. 5 § andra stycket samma lag har som huvudregel bolagsmän i ett enkelt bolag lika rätt i förhållande till medkontrahenten och svarar solidariskt för vad som utfästs.

Då ett enkelt bolag inte utgör en juridisk person, måste Tempests och Security Assistances anbud i egenskap av konsortium rent avtalsrättsligt bestå i att båda bolagen vill åta sig helhetsansvaret för bevakningsuppdraget och att de ska dela ansvaret solidariskt med varandra. Respektive företag åtar sig alltså att utföra bevakning inom de samtliga fyra verksamhetsslagen och förlitar sig på att det andra företaget ska utföra delar av bevakningen som de själva inte har auktorisation för. Länsstyrelsen bedömer därför att konsortiet inte har, eller ens kan ha, någon auktorisation över huvud taget och att ett eller båda av de i konsortiet ingående företagen måste betraktas som underleverantör i detta avseende. Därmed kommer ett eller båda företagen att lämna anbud avseende ett verksamhetsslag man inte har auktorisation för och därmed föreligger samma situation som underkänts i de ovan nämnda domarna. Det saknas enligt länsstyrelsens uppfattning lagliga förutsättningar för att godta ett sådant anbud.

BevL måste i detta sammanhang ses som *lex specialis* i förhållande till upphandlingsreglerna om återopande av annans kapacitet. Ett krav som på detta sätt grundas på lagstiftning måste rimligen ses som proportionerligt och objektivt motiverat.

Upphandlingen avser en sammanhållen bevakningstjänst. Den aktuella upphandlingen består av ett enda anbudsområde. Detta ändras inte av att det anges vilka verksamhetsslag som det krävs auktorisation för, det föreligger ingen indelning i delområden. Samtliga verksamhetsslag avser bevakning. Till bevakning hör verksamhetsslaget larmcentral (se 3 kap. 7 § första stycket Rikspolisstyrelsens föreskrifter och allmänna råd till lagen [1974:191] och förordningen [1989:149] om bevakningsföretag, RPSFS 2012:18 FAP 579-2). Det finns ingen verksamhetsmässig grund för att dela upp det efterfrågade uppdraget i fyra eller två separata delar.

Det sätt som länsstyrelsen paketerat sitt behov av bevakningstjänster på är mycket vanligt förekommande på marknaden och således inget som unikt utformats av länsstyrelsen i just denna upphandling. Länsstyrelsen har, liksom de flesta andra köpare av just denna typ av tjänster, bedömt att de ingående verksamhetsslagen hänger nära samman ur flera perspektiv. Exempelvis inleds reaktiv bevakning (uttryckning) med ett larm hos larmcentralen, där sedan känslig information utan tids- eller informationsförlust ska lämnas över till den uttryckande personalen. Om ansvaret för de olika delarna av en sammanhängande process skulle splittras upp på olika avtalsparter, skulle det allvarligt försämra beställarens möjligheter till leveranskontroll och ansvarsutkrävande vid brister. Vidare bedömdes det inte affärsmässigt motiverat för länsstyrelsen att följa upp och förvalta flera separata avtal med så begränsad omsättning som skulle ha blivit vid en uppdelning. Länsstyrelsen anser att starka verksamhetsbaserade skäl talar för en sådan sammanhållen upphandling som gjorts och kraven bör därför bedömas som proportionerliga.

Länsstyrelsen är av uppfattningen att alla krav innebär en viss konkurrensbegränsning men att det inte gör dem otillåtna i sig. Det måste finnas en tillräcklig konkurrens på en miniminivå. Att ett relativt stort antal företag inte kan lämna anbud på grund av vissa krav innebär inte att det är otillåtet att ställa kraven så länge det finns tillräcklig konkurrens kvar. Som exempel på tillräcklig konkurrens brukar ofta anföras att minst tre anbudsgivare ska finnas kvar. Utifrån detta synsätt har det förelegat en tillräcklig konkurrens-situation i den aktuella upphandlingen. Det ska också tilläggas att frågan om auktorisationskrav diskuterats inom bevakningsbranschen i flera år och att alla företag därmed har haft möjlighet att anpassa sin verksamhet till den gällande tolkningen. När det gäller länsstyrelsens bedömningar om auktorisation görs dessa i enlighet med gällande rätt och allmänna rättsprinciper. Antydning om att länsstyrelsen skulle kunna agera otillbörligt i sitt uppdrag

som tillstånds- och tillsynsmyndighet för att styra marknaden är helt ogrundad i sak.

Enligt den nyligen införda LOU finns det krav på att de upphandlande myndigheterna ska överväga uppdelning av kontrakt men inga krav på att faktiskt uppdelning sker. De presumtiva anbudsgivarna har inte getts någon möjlighet att tvinga fram en uppdelning, då detta skulle i alltför stor utsträckning inkräkta på de upphandlande myndigheternas stora frihet att utforma underlaget på det sätt de önskar. En sådan rätt skulle kunna leda till en närmast okontrollerbar finfördelning, atomisering, av köparsidans behov.

Det föreligger inte någon skyldighet för en upphandlande myndighet att utifrån samma typ av bedömningssteg som beträffande proportionalitet kunna försvara och motivera varje led i en påstådd konkurrensbegränsning.

När det gäller kravet på referensuppdrag noterar länsstyrelsen i det aktuella förfrågningsunderlaget att ordinarie formulering i tidigare förfrågningsunderlag frångåtts och att konsortiet därmed uppfyllt kravet. Ansökan medges därmed på denna punkt.

Om rätten, i strid med förfrågningsunderlagets uttryckliga formulering, skulle anse det möjligt att åberopa annans kapacitet även avseende sådan verksamhet som enligt BevL kräver särskild auktorisation, föreligger i så fall ett fel som påverkat det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen. Den enda möjliga påföljden torde därför vara att upphandlingen görs om i dess helhet. Enligt sökandens yttrande skulle uppåt 170 företag ha kunnat lämna anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten ska pröva om det finns skäl att enligt LOU ingripa mot länsstyrelsens upphandling med anledning av de grunder konsortiet anfört. Länsstyrelsen har medgett att ett misstag gjorts ifråga om att förkasta konsortiets anbud med anledning av ett referenskrav. Vad förvaltningsrätten här ska pröva är om konsortiets anbud felaktigt förkastats med anledning av kravet på bevakningsföretagens auktorisation, om kravet på auktorisation är oproportionerligt och om upphandlingen hade bort delas upp i flera delar.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. I 20 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag 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.

Har konsortiet uppfyllt kravet på auktorisation?

I upphandlingsdokumentet anges bl.a. följande krav.

1.3.7 Kapacitet och förmåga

Länsstyrelsen förutsätter att huvudanbudsgivare och avtalspart kommer att vara ett auktoriserat bevakningsföretag.

Auktorisation:

Anbudsgivare ska vid tidpunkten för anbudstidens utgång inneha auktorisation för att bedriva följande verksamhetsslag:

- stationär och ronderande bevakning med väktare
- bevakning som utförs av skyddsvakt enligt 6 § skyddsförordningen (2010:523)
- larmcentral
- bevakning av enskild person för dennes skydd (personskydd)

Anbudsgivaren ska även ha tillstånd att inneha skjutvapen för utlåning till väktare som har meddelats tillstånd att som lån inneha ett sådant vapen, se 2 kap. 3 § vapenlag (1996:67).

Anbudsgivare ska i anbudet bifoga kopior på aktuella auktorisationer och tillstånd. **Observera** också att anbudsgivare måste ha egen auktorisation till samtliga offereerade verksamhetslag.

Av upphandlingsdokumentets krav framgår att det föreligger ett krav på auktorisation för att bedriva de aktuella verksamhetslagen och att det ska vara fråga om egen auktorisation. Varje anbudsgivare måste således ha auktorisation för samtliga i upphandlingen relevanta verksamhetslag. Utifrån upphandlingsdokumentets ordalydelse är det således inte möjligt att åberopa annat företags kapacitet. Det är ostridigt i målet att varken Tempest eller Security Assistance var för sig har auktorisation för samtliga verksamhetslag. Frågan är då om det ändå ska vara möjligt för Tempest och Security Assistance att åberopa varandras kapacitet, med hänsyn till rätten att åberopa annans kapacitet och att anbudet lagts av de båda företagen i konsortium.

I 14 kap. 6 § LOU anges att en leverantör får för ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet. Krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet får ställas enligt 14 kap. 1 § första stycket 3 LOU och innebär enligt 14 kap. 5 § samma lag att leverantören ska förfoga över nödvändiga personalresurser och tekniska resurser samt ha sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard.

Enligt länsstyrelsens uppfattning är det med hänsyn till bestämmelserna i BevL inte möjligt att enligt LOU:s bestämmelser åberopa annat företags kapacitet ifråga om auktorisation. Konsortiet menar att detta är möjligt och att konsortiets anbud ska godkännas med stöd av regeln i 14 kap. 6 § LOU, direkt eller analogt.

Med bevakningsföretag avses enligt 1 § första stycket 1–3 BevL den som yrkesmässigt åtar sig att för annans räkning bevaka fastighet, anläggning, viss verksamhet, offentlig tillställning eller något annat sådant, bevaka enskild person för dennes skydd, eller bevaka sedlar, mynt eller annan egendom i samband med transport. I 2 § första stycket BevL anges att bevakningsföretag inte får bedriva sådan verksamhet som avses i 1 § första stycket BevL utan tillstånd enligt samma lag (auktorisation).

Konsortiet och länsstyrelsen har motsatta tolkningar av lagtexten i 1 och 2 §§ BevL. Enligt konsortiets tolkning är det utförandet av bevakningen som kräver auktorisation, medan det enligt länsstyrelsens tolkning krävs auktorisation för att åta sig att utföra bevakningstjänsten ifråga.

Det kan konstateras att frågan inte avgjorts i praxis men att det finns några avgöranden från förvaltningsrätterna. I Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 29 april 2015, mål nr 17557-14, som rörde ett föreläggande från länsstyrelsen att vidta vissa åtgärder, ansåg förvaltningsrätten att bestämmelserna i BevL innebär att ett bevakningsföretag måste ha auktorisation för samtliga verksamhetsslag som företaget ingår avtal om att tillhandahålla. Förvaltningsrätten i Jönköping fann i dom den 26 april 2017, mål nr 5838-16, att det i en upphandling inte var tillräckligt att en underleverantör, vars kapacitet åberopats, innehade auktorisation för viss bevakningstjänst som inte anbudsgivaren var auktoriserad för (för motsatt uppfattning i mål om offentlig upphandling, se Förvaltningsrätten i Malmös dom den 20 oktober 2016, mål nr 6555-16, 6768-16 och 6770-16).

I dess ursprungliga lydelse angavs i 1 § BevL att med bevakningsföretag avses den som yrkesmässigt åtager sig för annans räkning utföra viss bevakningsuppgift. Det gjordes ingen uppdelning i olika bevakningsuppgifter och frågan huruvida ett bevakningsföretag, som har auktorisation för vissa bevakningsuppgifter, kan ingå avtal om andra bevakningsuppgifter som en

underleverantör med rätt auktorisation får genomföra, var aldrig aktuell.

I lagens förarbeten synes det ha förutsatts att det skulle krävas auktorisation av den som åtog sig att utföra en bevakningsuppgift för annans räkning, och den gränsdragning som uppkom var huruvida verksamheten var yrkesmässig eller inte (se prop. 1974:39 s. 36). I en senare lagändring specificerades att med bevakningsföretag skulle avses den som yrkesmässigt åtar sig att för annans räkning bevaka fastighet, anläggning, viss verksamhet, offentlig tillställning eller något annat sådant eller också att bevaka enskild person för dennes skydd. Det infördes därvid en möjlighet för länsstyrelsen att delvis återkalla en auktorisation till viss verksamhet eller visst område (dåvarande 13 § fjärde stycket, nuvarande 13 a § andra stycket), bl.a. med hänsyn till anställningstrygghet för väktare och intresset av att väktare inte utnyttjas för uppgifter för vilka han inte är lämpad (se prop. 1979/80:122 s. 59). Den nuvarande differentieringen av auktorisation för olika områden genomfördes genom lagen (2006:517) om ändring i lagen (1974:191) om bevakningsföretag. I lagens förarbeten angavs bl.a. följande. Olika verksamhetsområden kräver olika kunskaper, resurser och erfarenheter. Det kan vara svårt att i ett enskilt auktorisationsärende beakta om företaget är lämpat att bedriva verksamhet av allehanda slag. Länsstyrelsen bör därför, till skillnad från vad som gäller i dag, begränsa auktorisationen till ett eller flera verksamhetsområden. Ett bevaknings- eller utbildningsföretag som har fått auktorisation att bedriva en viss eller vissa verksamheter bör givetvis ha möjlighet att efter ansökan bedriva verksamhet också av annat slag. Det bör således vara möjligt att genom ett nytt beslut utvidga den ursprungliga auktorisationen. Som en följd av att auktorisationen kommer att vara begränsad till ett eller flera verksamhetsområden kommer lagens straffbestämmelse (14 §) att bli tillämplig när ett företag bedriver verksamhet av annat slag än den som auktorisationen avser (prop. 2005/06:136 s. 13).

Lagen synes således i sin ursprungliga lydelse ha avsett att det krävs auktorisation för att åta sig att för annans räkning utföra en bevakningsuppgift.

Det krävdes därmed auktorisation för själva åtagandet i sig. Någon förändring av detta synes inte föreligga genom den införda differentieringen av olika områden för auktorisation. Enligt förvaltningsrättens bedömning har således länsstyrelsen haft fog för sin tolkning att ett bevakningsföretag endast kan ingå avtal om bevakning för ett område, för vilket det har auktorisation, och att det inte är tillräckligt att en underleverantör har auktorisation för genomförd bevakningsuppgift.

Bevakningsföretag, som ingår avtal om bevakningstjänster, måste således ha auktorisation för samtliga områden som avtalet avser. Kammarrätten i Göteborg uttalade i dom den 17 mars 2014, mål nr 6073-13, att ett krav på auktorisation tar sikte på anbudsgivarens kompetens och innebär således inte att denne ska ha en viss kapacitet för att kunna utföra tjänsten. Av nuvarande LOU framgår att behörighet att utöva yrkesverksamhet inte utgör sådan kapacitet som kan åberopas från andra företag (se 14 kap. 1 § första stycket 1, 14 kap. 2 § och 14 kap 6 § första stycket motsättningsvis).

Förvaltningsrätten finner mot ovan bakgrund att det inte är möjligt att i en upphandling av bevakningstjänster åberopa annan leverantörs auktorisation. I föreliggande mål är det emellertid fråga om ett konsortium som lagt anbud. Som länsstyrelsen framhållit är ett konsortium att betrakta som ett enkelt bolag och vardera företaget i konsortiet svarar, såsom bolagsman enligt 4 kap. 5 § andra stycket lagen (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag, enligt huvudregeln solidariskt för vad som utfästs. Konsortiets åtaganden innebär därmed ett fullt åtagande för vardera bevakningsföretaget, Tempest respektive Security Assistance, inom konsortiet.

Det är ostridigt att varken Tempest eller Security Assistance har auktorisation för samtliga områden som omfattas av konsortiets anbud. Eftersom det följer av BevL och förfrågningsunderlagets krav att det skulle föreligga

auktorisering och att varje medlem i konsortiet måste ha full auktorisering hade länsstyrelsen fog för att förkasta konsortiets anbud.

Är kravet på auktorisering proportionerligt?

Konsortiet har även gjort gällande att länsstyrelsens krav är oproportionerligt. Av EU-domstolens praxis angående proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning ska göras i tre steg, för det första om åtgärden är lämplig och effektiv för att uppnå det eftersträvade syftet, för det andra om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ, och för det tredje om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet (se även bl.a. NOU:s yttrande den 11 maj 2005, dnr 2005/0088-29, Konkurrensverkets yttrande den 15 juli 2008 i Kammarrätten i Stockholms dom den 30 december 2008, mål nr 4283-08, och Kammarrätten i Stockholms dom den 27 oktober 2009, mål nr 3477-09). Med hänsyn till att det i upphandlingen aktuella kravet följer BevL:s bestämmelser finner förvaltningsrätten att kravet inte kan anses bryta mot proportionalitetsprincipen och att detta inte ändras av att proportionalitetsbedömningen ska göras i tre steg. Jfr även tidigare refererad dom från Kammarrätten i Göteborg (mål nr 6073-13).

Förelåg en skyldighet att dela upp upphandlingen i flera delar?

Konsortiet har slutligen gjort gällande att länsstyrelsen hade bort upphandla bevakningstjänsterna i delområden för att säkerställa konkurrensen. Konsortiet har därvid gjort gällande att det finns ca 170 bevakningsoperatörer i Sverige men att det, med hänsyn till upphandlingens omfattning, endast är tre som kan lägga anbud i upphandlingen.

Det finns inte något grundläggande krav på upphandlande myndigheter att i den mån det är möjligt dela upp en upphandling i flera delar utan den frågan får bedömas utifrån vad som är lämpligt och ändamålsenligt för myndigheten. I detta avseende får, i likhet med vad som enligt praxis gäller i övrigt inom upphandlingsområdet, den upphandlande myndighetens bedömning i allmänhet godtas eftersom det är den upphandlande myndigheten som avgör vad den vill upphandla och på vilka villkor, under förutsättning att upphandlingen är förenlig med principerna i LOU. Det kan i sammanhanget konstateras att en upphandlande myndighet har en stor frihet när den närmare bestämmer föremålet för upphandlingen (RÅ 2010 ref. 78). En upphandling får dock inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (4 kap. 2 § LOU). I sammanhanget kan också konstateras att det inte föreligger någon grundläggande rätt för leverantörer att ges möjlighet till att lämna anbud i förekommande upphandlingar inom sitt verksamhetsområde.

I den senaste upphandlingslagstiftningen har särskilt slagits fast möjligheten för en upphandlande myndighet att besluta att ett kontrakt ska tilldelas i separata delar (4 kap. 13 § LOU). Det har också införts en bestämmelse om att då en upphandlande myndighet beslutar att inte tilldela ett kontrakt i separata delar, ska skälen för detta anges (4 kap. 14 § LOU). Bestämmelserna är en implementering av art. 46.1 andra stycket i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014. I direktivet infördes en möjlighet, men inte skyldighet, för medlemsstat att göra det obligatoriskt att tilldela kontrakt i form av separata delar (artikel 46.4), vilket inte genomfördes i den svenska lagstiftningen (se även prop. 2015/16:195 s. 450). I skälen till direktivet uttalades att den offentliga upphandlingen bör anpassas till de små och medelstora företagens behov (skäl 78). I förarbetena till LOU diskuterades vilka kontrakt som kan delas upp varvid det uttalades att det med ledning av skältexterna (skäl 78 och skäl 79) kunde sägas att det ska röra sig

om att det görs en större anskaffning av en vara, tjänst eller byggtrepenad och att ett kontrakt kunde delas upp på antingen kvantitativ eller kvalitativ grund (prop. 2015/16:195 s. 451). I direktivet angavs att den upphandlande myndigheten bör ha skyldighet att överväga huruvida det är lämpligt att dela upp kontrakt i delar, samtidigt som det står den fritt att självständigt fatta sitt beslut på grunder den anser vara relevanta, utan att underkastas administrativ eller rättslig kontroll (skäl 78). I förarbetena konstaterades att upphandlande myndigheter självständigt ska bestämma upphandlingsföremålet och att de enligt direktivet inte har någon skyldighet att dela upp kontrakt. Ett beslut i fråga om uppdelning eller inte är ett sådant förberedande, internt övervägande som inte i sig kan bli föremål för en ansökan om överprövning. Om en upphandlande myndighet i något fall skulle använda bestämmelserna om uppdelning av kontrakt i ett otillbörligt syfte att styra utfallet på ett konstgjort sätt (jfr artikel 18.1 andra stycket i direktivet), måste detta kunna kontrolleras inom ramen för en rättslig prövning av upphandlingen som sådan (prop. 2015/16:195 s. 455).

Vad gäller den aktuella upphandlingen finner förvaltningsrätten att de olika delområdena rör närliggande områden inom bevakningssektorn. Enligt förvaltningsrättens bedömning har länsstyrelsen anfört objektiva skäl för att lägga samman delområdena i en enda upphandling. Länsstyrelsen har inte ansett det affärsmässigt motiverat att dela upp upphandlingen i mindre delar med hänsyn till den begränsade omsättningen och har bl.a. hänvisat till behovet av att underlätta leveranskontroll och ansvarsutkrävande. Det får vidare anses att, även om antalet potentiella anbudsgivare kraftigt reducerats, det fortfarande föreligger tillräcklig konkurrens. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att det inte fanns en skyldighet för länsstyrelsen att dela upp upphandlingen i flera delar.

Sammanfattning och slutsatser

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att konsortiets anbud rätteligen förkastats, att kravet på auktorisation i upphandlingen inte var oproportionerligt och att länsstyrelsen hade rätt att upphandla bevakningstjänsterna utan att dela upp upphandlingen. Det har således inte förelegat något fel i upphandlingen som konsortiet kunnat lida skada av. Konsortiets ansökan ska därmed avslås.

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

Lina Törnqvist
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Carl Martin Gölstam.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

