



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I UPPSALA**

Enhet 1

**DOM**  
2018-04-04  
Meddelad i Uppsala

Mål nr  
4914-17 E

**SÖKANDE**

Effekt Svenska AB, 556679-1819

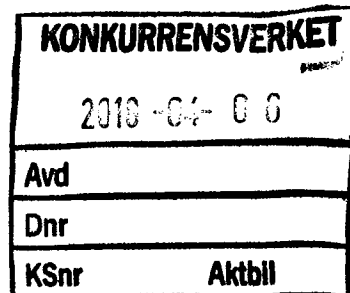
Ombud: Advokat Per Widman  
Advokaterna Liman & Partners HB  
Box 24224  
104 51 Stockholm

**MOTPART**

Sigtuna kommun  
195 85 Märsta

**SAKEN**

Överprövning av offentlig upphandling



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 234637

**Postadress**  
Box 1853  
751 48 Uppsala

**Besöksadress**  
Kungsgatan 49

**Telefon**  
018-431 63 00  
**E-post:** [forvaltningsrattenuppsala@dom.se](mailto:forvaltningsrattenuppsala@dom.se)  
[www.forvaltningsrattenuppsala.domstol.se](http://www.forvaltningsrattenuppsala.domstol.se)

**Telefax**  
018-10 00 34

**Expeditionstid**  
måndag–fredag  
08:00–16:00

### **BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.**

Sigtuna kommun (kommunen) har genomfört en upphandling av städtjänster, dnr UH-2016-108. Kommunen har fattat tilldelningsbeslut och antagit anbudet från Rengörare Näslund AB.

**Effekt Svenska AB** (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Kommunen har i upphandlingen tillämpat krav på sociala hänsyn på ett otillåtet sätt samt brutit mot de grundläggande principerna om transparens, förutsebarhet och likabehandling.

Kommunen har brutit mot gällande upphandlingsregler genom hanteringen av socialt hänsynstagande i upphandling enligt följande. Det skall-krav som utformats uppfyller inte de grundläggande principerna om transparens, förutsebarhet och likabehandling. Kravet på sociala hänsyn har fått en otillåten omfattning. Kommunen har blandat ihop kvalificeringsfas och utvärderingsfas. Fråga om sociala hänsyn får inte användas som utvärderingskriterier. Skulle de aktuella frågorna om sociala hänsyn få användas som utvärderingskriterier gäller att förfrågningsunderlaget inte uppfyller de grundläggande principerna om transparens och förutsebarhet.

Skall-kravet är utformat på ett sätt som innebär att det är omöjligt för anbudsgivarna att veta vad de i själva verket förbinder sig till. Texten och beskrivningen av åtagandets innebörd är osedvanligt luddig. Det som är tydligt är att leverantören vid avtalsstart ska medverka i ett möte och att leverantören ska delta i dialog och medverka vid dialogträffar. Därefter är det inte mycket som är klart. T.ex. anges i kravet att leverantören ska bereda platser för personer i behov av arbete och/eller praktik samt att även sommarjobb

för skolungdomar inkluderas i detta. Det framgår inte hur många personer detta avser, vilken typ av arbete det är fråga om och hur lång tid samt om det avser visstidsanställningar eller tillsvidareanställningar. Det framgår inte heller om de krav som i upphandlingen ställs på personal också ska tillämpas på de personer som ska beredas platser och vem som ska svara för urval, utbildning och handledning av ifrågavarande anställda eller praktikanter. När det gäller formuleringen, att vid dialogträffarna mellan parterna ska det identifieras vilka förutsättningar som finns för leverantören att medverka till anställning av personer inskrivna i kommunens arbetsmarknadsenhet, kan man möjligen ana, i ett andra led i kravet, att förutsättningarna hos leverantören ska vara styrande. Detta måste anses innebära att kravet inte ska tillämpas likadant hos leverantörerna, eftersom förutsättningarna inte kan vara likadana. Kravet står därför också i strid med likabehandlingsprincipen.

Kravet på sociala hänsyn går utöver upphandlingsföremålet. Kravet har fått en otillåten omfattning genom att kommunen ställt upp kravet att även sommarjobb för skolungdomar ska erbjudas. Enligt upphandlingslagstiftningen ska de särskilda villkoren ha anknytning till det som anskaffas. Den upphandlande myndigheten får därför inte uppställa villkor som hör till leverantörens verksamhet som inte berörs av kontraktet (se t.ex. prop. 2015/16:195 s. 1117). Den ifrågavarande upphandlingen avser i huvudsak städning av skollokaler, där ingen städning ska utföras under sommarlovet, vilket är perioden då sommarjobb är aktuellt. Kravet innebär således att villkoren inte har anknytning till det som anskaffats utan snarare berör leverantörens verksamhet som inte berörs av kontraktet. Utifrån vad kommunen yttrat i processen i förvaltningsrätten framgår det också att de särskilda villkoren avseende sociala hänsynstaganden inte är kopplade till kontraktsföremålet.

Kommunen förefaller ha blandat ihop kvalificeringsfas och utvärderingsfas genom att använda leverantörens åtagande att delta i socialt hänsynstagande

såväl för kvalificering som för utvärdering, vilket inte är tillåtet enligt etablerad praxis. Leverantörens åtagande avseende socialt hänsynstagande är både en faktor för kvalificering av anbudsgivare och föremål för poängsättning i utvärderingen av anbudet. I kommunens bilaga "Skall-krav" återfinns punkten att anbudsgivaren måste godkänna samtliga krav för att kunna lämna in ett anbud. Under rubriken "Kvalificeringskrav" anges att det är ett krav att samtliga krav i enlighet med förfrågningsunderlaget samt de kommersiella villkoren accepteras. Kravet på sociala hänsyn är intaget i förfrågningsunderlaget och utgör en del av upphandlingskontraktet, dvs. de kommersiella villkoren. Det är uppenbart att kommunen ställt upp kravet på socialt hänsynstagande som ett kvalificeringskrav.

Villkoren för socialt hänsynstagande får inte användas som utvärderingskriterier. Den rättsliga möjligheten att föra in sociala villkor begränsas av lagens lydelse. I förarbetena anges att sociala hänsyn inte får användas som utvärderingskriterier. Kommunens uppfattning, att EU-domstolens avgörande Max Havelaar ger stöd för motsatt ståndpunkt, är felaktig. Vad det nu är fråga om är s.k. särskilda villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras, vilket ger den upphandlande myndigheten möjlighet att ställa krav på leverantören avseende t.ex. miljömässiga, sociala eller arbetsrättsliga hänsyn. Att sociala hänsyn inte får utgöra tilldelningskriterier följer av förarbetsuttalanden, se prop. 2006/07:128 s. 200 och prop. 2015/16:195 s. 1118.

Utvärderingskriterierna är så vagt och oprecist utformade att de inte lever upp till vad som krävs enligt principerna om transparens och förutsebarhet. Det är tveksamt om det är fråga om ett eller två utvärderingskriterier för socialt hänsynstagande. Såväl var för sig som tillsammans är de vaga. Det är oklart vad leverantörerna förbinder sig till, om man ska ta emot en eller flera praktikanter och hur dessa ska vara fördelade över tid. Det framgår inte vem som ska svara för urval och handledning av praktikanterna. Det framgår inte heller om dessa ska uppbära ersättning och eventuell storlek på ersättningen.

Det har inte angetts om kraven på all personal vid städuppdragets utförande även gäller praktikanterna och, om så är fallet, vem som svarar för sådan utbildning och kontroller av praktikanterna.

Bolaget har lidit, eller kan komma att lida skada, med anledning av att kommunen brutit mot upphandlingslagstiftningen och de grundläggande principerna för upphandling. Det som skilde anbuden åt vid prövningen var kommunens bedömning av frågorna om sociala hänsyn. Om förfrågningsunderlaget varit utformat i enlighet med upphandlingslagstiftningen och de allmänna principerna också i de delar som avsåg socialt hänsynstagande och inga otillåtna faktorer hade tillåtits att påverka anbudsprövningen, hade bolaget haft möjlighet att lämna sitt bästa anbud även såvitt gäller frågorna om sociala hänsyn. I sådant fall hade bolaget haft möjligheten att tilldelas kontraktet.

Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, är tillämplig. Kommunen har beslutat att inleda upphandlingsförfarande vid kommunstyrelsens möte den 8 maj 2017. I HFD 2013 ref. 31 har Högsta förvaltningsdomstolen uttalat att ett upphandlingsförfarande får anses ha påbörjats när den upphandlande myndigheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser.

**Kommunen** bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Kommunen har använt kriteriet socialt hänsynstagande i en offentlig upphandling enligt vad som är tillåtet enligt upphandlingslagstiftningen. Bolagets yrkande ska således avslås och upphandlingen inte göras om.

Upphandlingen ska anses vara påbörjad före ikraftträdandet av LOU och därför ska lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU, vara till-

lämplig vid avgörandet av detta mål. Val av förfarande genomfördes före ikraftträdandet. Beslut att påbörja upphandlingen fattades redan den 19 april 2016. Behörig tjänsteman inkom då med beställningsdokument gällande upphandlingen till upphandlingsenheten och information gällande upphandlingen publicerades under planerade upphandlingar den 4 maj 2016. När upphandlingen publiceras under kommande upphandlingar har kommunen tagit ställning till vilket förfarande som är aktuellt för upphandlingen och därefter arbetar kommunen med upphandlingen utifrån vilket förfarande som är beslutat. I den aktuella upphandlingen beslutades att använda ett öppet förfarande. Efter beslutet, och under sommaren 2016, kontaktades leverantörer på marknaden, bl.a. bolaget, för att inhämta kunskap för att finslipa underlaget. Under processen har information kontinuerligt tillhandahållits politiker i kommunen genom kommunalrådsberedningen. Det framgår även av de administrativa föreskrifterna att upphandlingen genomförs som öppet förfarande enligt ÄLOU.

Sociala hänsyn är ett av de skyddsvärda intressena enligt artikel 9 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt. Den svenska lagstiftarens vilja att upphandlande myndigheter ska beakta sociala hänsyn har kommit till uttryck i 1 kap. 9 § a ÄLOU. I en rad avgöranden från EU-domstolen är det fastslaget att ett tilldelningskriterium inte måste vara av ren ekonomisk art. Miljö- och sociala hänsyn är exempel på kriterier som inte är av ren ekonomisk art, men som kan utgöra ett värde för den upphandlande myndigheten. Ett tilldelningskriterium som inte är av renodlad ekonomisk natur är tillåtet att användas för att bidra till att förverkliga ett i fördraget angivet mål. EU-domstolen fastslog i målet C-368/10, Max Havelaar, att upphandlande myndighet får välja tilldelningskriterier som grundar sig på sociala hänsynstagen och att tilldelning genom det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet sker utifrån myndighetens synvinkel (se punkterna 84-85). Kommunen ser ett stort mervärde i vetskapen att upphandlande tjänster ger chans åt individer att få in en fot på arbetsmarknaden (jfr Generaladvokat Kokotts förslag

till avgörande i mål C-368/10, punkt 110). I beaktandesats 1 i LOU-direktivet stipuleras möjligheten att ställa krav på sociala hänsyn som ett tilldelningskriterium. Förvaltningsrätten i Karlstad har tidigare i mål nr 284-14 tillåtit användande av sociala hänsyn som ett tilldelningskriterium.

Kriteriet har en tydlig koppling till kontraktsföremålet. Praktikanterna ska arbeta under det avtal som nu upphandlas. Antalet månader för de olika distrikten och vilket mervärde som kommunen anser att åtagandet ger varierar motsvarande områdets storlek. Kriteriet stipulerar inte åtgärder som sträcker sig längre än det kontrakt som upphandlas.

Kriteriet är tydligt angivet i underlaget. Dialogmodellen som leverantören förbinder sig till enligt avtalsvillkoren har lyfts fram i mervärdesmodellen för att tydligt visa vilka ytterligare åtaganden som leverantören kan förbinda sig till för att få ett ökat mervärde i sitt anbud. I kriterierna 6.1 och 6.2 framgår det tydligt att leverantören ska ta emot praktikanter under ett visst antal månader per avtalsår. Kommunen önskade inte styra leverantören i avseendet hur många eller hur långa praktikantperioder som skulle erbjudas, utan det är upp till varje leverantör att avgöra utifrån sina förutsättningar. Enda styrningen från kommunen är det totala antalet praktikmånader, som skulle genomföras under avtalsåret. För kriterium 6.1 är denna tid minst 3 månader respektive 6-15 månader per avtalsår beroende på storlek på distriktet. Mervärdesmodellen är utformad på samma sätt för samtliga mervärden. Anbudsgivaren ska ange ifall mervärdet utlovas i leveransen samt redogöra för hur åtagandet uppfylls och säkerställs, med vilka resurser och i förekommande fall, teknisk lösning. Det kan inte ligga på den upphandlande myndigheten att behöva definiera samtliga uttryck som har en gängse betydelse. Enligt gängse mening är en praktikant oavlönad. Det är kutym att praktikanten inte innehar några specifika yrkeskvalifikationer utan förväntas erhålla kvalifikationer genom praktiken.

Kriterierna är utformade på ett sådant sätt att de inte ger kommunen obegränsad valfrihet. Kriterierna kan inte anses utformade på ett sätt som diskriminerar någon anbudsgivare eller på annat sätt bryter mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § ÄLOU på ett sätt som är uppenbart osakligt.

Bolaget har inte erhållit något mervärde för kriterierna 6.1 och 6.2 med anledning av den bristfälliga redogörelsen i bolagets anbud. Bolaget har inte angett hur åtagandet ska uppfyllas samt vilka resurser som kommer att användas, utan har endast använt sig av en likalydande standardformulering för samtliga distrikt. Utöver den bristande beskrivningen har bolaget angett i redogörelsen för kriterium 6.2 för distrikt 2-4 att praktikanter tas emot i distrikt 1.

Kravet på sociala hänsyn har inte haft någon otillåten omfattning på grund av att kommunen även angett ”sommjarjobb för skolungdomar” i avtalsförslaget. Skrivningen är en del i den dialogmodell som kommunen använder sig av. Samtliga distrikt medför att arbete ska genomföras under sommarmånaderna, så varje distrikt kan medföra förutsättningar att ta emot skolungdomar under sommarmånaderna.

### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

Förvaltningsrätten ska pröva om det finns skäl att enligt LOU ingripa mot kommunens upphandling med anledning av de grunder bolaget anfört.

#### *Tillämplig lagstiftning*

Det kan inledningsvis konstateras att parterna är oense om vilken lagstiftning som är tillämplig. Kommunen har redogjort för bl.a. följande. Beslutet att påbörja upphandlingen fattades redan den 19 april 2016. Behörig tjänsteman inkom då med beställningsdokument gällande upphandlingen till



upphandlingsenheten och information gällande upphandlingen publicerades under planerade upphandlingar den 4 maj 2016, varvid kommunen tagit ställning till vilket förfarande som var aktuellt för upphandlingen. Efter beslutet, och under sommaren 2016, kontaktades leverantörer på marknaden, bl.a. bolaget, för att inhämta kunskap för att finslipa underlaget. Under processen tillhandahölls politiker i kommunen kontinuerligt information genom kommunalrådsberedningen. Av till förvaltningsrätten insänd beredningslista framgår att upphandling av nytt städavtal behandlats vid kommunalrådsberedning den 24 oktober 2016. Det har också angetts i förfrågningsunderlaget att ÄLOU var tillämplig. Förvaltningsrätten anser inte att det finns anledning att ifrågasätta kommunens uppfattning att ÄLOU är tillämplig. Val av förfarande har bestämts (jfr EU-domstolens avgörande mål C-337/98, Kommissionen mot Frankrike, punkt 36) och externa kontakter har tagits (HFD 2013 ref. 31).

*Rättsliga utgångspunkter och frågorna i målet*

Enligt 1 kap. 9 § ÄLOU ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. I 16 kap. 6 § ÄLOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § ÄLOU eller någon annan bestämmelse i ÄLOU 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.

Den som gör gällande att det föreligger fel i en upphandling ska påvisa bristerna i upphandlingen samt orsakssambandet mellan dessa och återopad skada. För att domstolen ska finna grund för ingripande enligt

16 kap. 6 § ÄLOU är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit skada eller kunnat komma att lida skada, utan sökanden ska också visa att så har varit fallet på grund av de brister som har påtalats (HFD 2013 ref. 53).

Bolaget anser att kommunen utformat förfrågningsunderlaget i strid med det upphandlingsrättsliga regelverket vid utformningen av socialt hänsynstagande i upphandlingen. Kravet på socialt hänsynstagande brister bl.a. i transparens och har fått en otillåten omfattning. Kommunen har blandat ihop kvalificeringsfas och utvärderingsfas. Sociala hänsyn får inte användas som utvärderingskriterier. Nämnda utvärderingskriterier brister dessutom i transparens och förutsebarhet.

#### *Bestämmelserna i förfrågningsunderlaget*

I förfrågningsunderlaget anges följande krav:

#### **12.3 Socialt hänsynstagande**

Leverantör ska vid avtalsstart delta i ett möte gällande socialt hänsynstagande. Mötet kommer att hållas i Sigtuna kommuns lokaler. Leverantör är införstådd med villkoret att aktivt delta i dialog, tillsammans med representanter från enheten för Utbildnings- och arbetsmarknadsförvaltning (UAF). Leverantören ska bereda platser för personer i behov av arbete och/eller praktik även sommarjobb för skolungdomar inkluderas i detta. Vid dialogträffarna mellan parterna ska det identifieras vilka förutsättningar som finns för leverantören att medverka till anställning av personer inskrivna i kommunens arbetsmarknadsenhet. Med anställning menas såväl tillsvidareanställning som visstidsanställning och praktik samt sommarjobb.

Matchnings- och rekryteringsprocessen ska ske mot bakgrund av vilka kompetens- och utbildningskrav som gäller för leverantörens verksamhet och aktuella befattningar. Kontakten mellan leverantören och UAF ska vara aktiv under hela avtalsperioden och kan omfatta både leverantörens administrativa och praktiska verksamhet. Leverantören kan vid sidan av de möten som sker kontinuerligt under avtalsperioden själv kontakta UAF för att initiera eller planera matchnings- och rekryteringsprocess.

I Bilaga 8, mervärdesmodell, kriterium 6.1 och 6.2 anges följande:

Skall-krav plus:

L förbinder sig att i respektive distrikt kunna ta emot praktikanter motsvarande tre månader per avtalsår.

Skall-krav, Bör krav 1 plus

L förbinder sig att i respektive distrikt kunna ta emot praktikanter motsvarande:

Distrikt 1 – 12 månader

Distrikt 2 – 15 månader

Distrikt 3 – 9 månader

Distrikt 4 – 6 månader

I mervärdesmodellen anges även följande krav:

För samtliga mervärden tillika bör-krav ska redogörelse lämnas. I redogörelsen ska det tydligt framgå hur mervärdesåtagandet uppfylls och säkerställs. Det innebär att det måste framgå hur och med vilka resurser och i förekommande fall vilken teknisk lösning som kommer att användas.

*Brister det obligatoriska kravet i bl.a. transparens?*

Bolaget har gjort gällande att förfrågningsunderlagets obligatoriska krav på att förbinda sig att vid avtalsstart delta i ett möte gällande socialt hänsynstagande (punkt 12.3) brister i transparens. Bolaget har anfört att det är omöjligt för anbudsgivarna att veta vad de förbinder sig till.

Det kan konstateras att det är fråga om ett skall-krav, som måste vara uppfyllt för att ett anbud ska kunna antas. Av utvärderingsprotokollet framgår att bolagets anbud godkännts. Annat har inte framkommit än att bolaget i anbudet uppgett att det godkänt skall-kravet i fråga. Även om kravet inte till alla delar synes helt klart formulerat och avgränsat, har inte bolaget visat att det på grund av kravets utformning hindrats att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Eftersom det inte föreligger ett klarlagt orsakssamband mellan skall-kravets utformning och bolagets påstådda skada, kan vad bolaget anfört inte läggas till grund för ett upphandlingsrättsligt ingripande.

Förvaltningsrätten anser inte heller att det är klarlagt att kravet i egentlig mening innebär ett brott mot principen om likabehandling mellan leverantörerna. Bolaget har vidare inte påvisat samband mellan anförd brist och bolagets påstådda skada.

*Har kravet på sociala hänsyn fått en otillåten omfattning?*

För att det ska vara tillåtet att bl.a. ta sociala hänsyn i en upphandling krävs att de ställda kraven eller kriterierna har en tydlig koppling till föremålet för upphandlingen (se redan EU-domstolens avgörande mål C-513/99, Concordia Bus, punkt 59 och avseende här tillämplig lagstiftning 12 kap. 1 § andra stycket ÄLOU, artikel 53.1 a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18 och EU-domstolens dom i C-368/10, Max Havelaar, punkt 86; jfr även t.ex. 17 kap. 1 § LOU).

Bolaget har gjort gällande att det sociala hänsynstagandet i föreliggande upphandling går utöver upphandlingens föremål. Bolaget har hävdad att kravet på att även sommarjobb för skolungdomar ska erbjudas visar att så är fallet, eftersom upphandlingen i huvudsak avser städning av skollokaler, vilket inte sker under sommaren. Kommunen har däremot anført att den upphandlande tjänsten bedöms utföras även under sommartiden.

Förvaltningsrätten finner att det inte framkommit att de i upphandlingen efterfrågade praktiktjänsterna avser annat än arbete i samband med den upphandlande tjänstens genomförande. Det har således inte visats att det sociala hänsynstagandet går utöver upphandlingsföremålet. Vad bolaget anført rörande kommunens yttrande i processen i målet ändrar inte bedömningen.

*Föreligger en sammanblandning av kvalificering och utvärdering?*

Bolaget har gjort gällande att det i förfrågningsunderlaget föreligger en otillåten sammanblandning av skall-krav och utvärderingskriterier. I mål C-532/06, Lianakis, uttalade EU-domstolen att de kriterier, som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet ifråga, inte kan anses utgöra ”kriterier för tilldelning” (punkt 30). När upphandlingen ifråga avser en tjänst istället för en vara kan särskilda gränsdragningsproblem uppkomma rörande vilka kriterier som avser att utvärdera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och krav på anbudsgivaren för kvalificering. Detta har i vissa fall, men inte alltid, inneburit en utökad möjlighet att även vid utvärderingen beakta förhållanden hos leverantören (jfr t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom den 7 april 2009, mål nr 6411-08, samt för motsatt utgång i denna fråga samma domstols dom den 4 mars 2010, mål nr 6420-09).

Kommunen har i förfrågningsunderlaget utgått från att det genererar mervärde för kommunen om en person i behov av praktikplats får en sådan vid genomförandet av den upphandlande tjänsten. Förvaltningsrätten finner att kommunen utifrån den utgångspunkten har fog för att anse att ett anbud, där anbudsgivaren erbjuder praktikplatser, är mer ekonomiskt fördelaktigt än ett i övrigt motsvarande anbud, där praktikplatser inte erbjuds. Kravet på att ta emot praktikanter synes inte ta sikte på förmåga eller grundläggande förutsättningar hos anbudsgivaren utan snarare på anbudets mervärde för den upphandlande myndigheten. Förvaltningsrätten finner att bolaget inte visat att det föreligger en otillåten sammanblandning mellan kvalificeringskrav och utvärderingskriterier i upphandlingen. Att det i förfrågningsunderlaget också ställts obligatoriskt krav på socialt hänsynstagande ändrar inte bedömningen av kommunens rätt att vid utvärderingen beakta erbjudande att ta emot praktikanter. Det framstår i sammanhanget som klart att kraven i

utvärderingsmodellen på att ta emot praktikant för viss tid för varje distrikt inte är obligatoriska krav.

*Får sociala hänsyn användas som utvärderingskriterier?*

Inom regelverket för offentlig upphandling finns det en möjlighet att ta sociala hänsyn, vilket redan uttrycktes i EU-domstolens avgörande i mål 31/87, Beentjes. Denna möjlighet har därefter kommit till uttryck EU:s direktiv och den upphandlingsrättsliga lagstiftningen, nu senast i LOU och till LOU underliggande direktiv.

EU-kommissionen angav i ett tolkningsmeddelande (KOM[2001] 566 slutlig) avseende då gällande upphandlingsdirektiv (Rådets direktiv 92/50/EEG, direktiv 93/36/EEG, direktiv 93/37/EEG och direktiv 93/38/EEG) att kriterier som omfattar sociala hänsyn får användas för att avgöra vilket anbud som är det mest fördelaktiga om de för den upphandlande myndigheten innebär en ekonomisk fördel som är kopplad till den vara eller tjänst som är föremål för upphandlingen. Kommissionens uppfattning var då restriktiv och kommissionen ansåg att det skulle vara fråga om ett tilldelningskriterium som medförde en direkt ekonomisk fördel för den upphandlande myndigheten. Kommissionens restriktiva hållning fick dock inte fullt gehör hos EU-domstolen. I avgörandet C-225/98, Kommissionen mot Frankrike, fann domstolen att det inte var i strid med tillämpligt direktiv att för tilldelning av kontrakt använda ett kriterium rörande sysselsättning, för att bekämpa arbetslösheten. En förutsättning var dock att villkoret var förenligt med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten, vilket inte prövades i målet. I ett annat avgörande, mål C-513/99, Concordia Bus, tog EU-domstolen ställning mot kommissionens uppfattning att ett kriterium, som den upphandlande myndigheten tillämpar för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, måste vara av rent ekonomisk art (punkt 55). Kriterierna för

tilldelning måste däremot ha ett samband med föremålet för upphandlingen (punkt 59).

I lagen (1992:1528) om offentlig upphandling infördes, genom lagen (2002:594) om ändring i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, en bestämmelse om möjlighet att ställa särskilda villkor för hur uppdraget ska genomföras (1 kap. 18 b §). Lagstiftaren avsåg därigenom inte att ändra gällande rätt utan bestämmelsen skulle införas i tydliggörande syfte (se prop. 2001/02:142 s. 44). Lagstiftaren konstaterade även att det med hänsyn till EU-domstolens praxis fanns ett utrymme att beakta sociala hänsynstaganden även vid anbudsutvärderingen, men ansåg inte att det var lämpligt att ta in sådana regler i lagstiftningen i avvaktan på nya direktiv från EU (se a. prop. s. 46, 23-24).

I 6 kap. 13 § ÄLOU anges att en upphandlande myndighet får ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra villkor för hur ett kontrakt skall fullgöras. Bestämmelsen svarar mot artikel 26 i direktiv 2004/18. Bolaget har till stöd för sin talan åberopat förarbetsuttalanden till såväl ÄLOU som LOU till stöd för att det inte är möjligt att använda sociala hänsyn som tilldelningskriterier. Det kan konstateras att det i förarbetena till ÄLOU anges att särskilda kontraktsvillkor – som kan avse såväl sociala som miljömässiga hänsyn - inte kan och får utgöra utvärderingskriterier (prop. 2006/07:128 s. 200, 352). Enligt förvaltningsrättens uppfattning utesluter dock inte dessa uttalanden att sociala hänsynstaganden som sådana kan göras i form av utformning av utvärderingskriterier. Uttalandet i a. prop. s 200 tar sikte på den i lagen inskrivna bestämmelsen om särskilda kontraktsvillkor. I a. prop. s. 352 hänvisas i sammanhanget till kommissionens handbok *Att köpa grönt! Handbok om miljöanpassad offentlig upphandling* och i nämnda handbok, som dock endast avser miljömässiga hänsyn, anges uttryckligen att sådana kan göras genom utvärderingskriterierna. Uttalandet om att särskilda villkor avseende miljömässiga och social hänsynstaganden inte kan utgöra tilldel-

ningskriterier kan således inte, utifrån sitt sammanhang, förstås så att t.ex. sociala hänsyn inte skulle kunna tas i form av utvärderingskriterier. Det kan vidare konstateras att det i skäl 46 i det underliggande direktivet anges att en upphandlande myndighet får använda kriterier som syftar till att tillgodose sociala krav som bland annat tillgodoser behov – fastställda i specifikationerna till upphandlingen – hos särskilt missgynnade befolkningsgrupper, till vilka förmånstagarna/användarna av de byggtreprenader, varor och tjänster som är föremål för upphandlingen hör. EU-domstolen uttalade i avgörandet C-368/10, Max Havelaar, med anledning av skäl 46, att de upphandlande myndigheterna kan välja tilldelningskriterier som grundas på sociala hänsynstaganden och tillade, att dessa kan avse inte endast användarna eller förmånstagarna till de byggtreprenader, varor eller tjänster som är föremål för upphandlingen, men även andra personer (punkt 85).

Det kan slutligen konstateras att det i skälen till det genom LOU implementerade upphandlingsdirektivet (Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU) förutsätts att sociala hänsynstaganden kan tas genom utvärderingskriterierna. I skäl 98 uttalas att det är synnerligen viktigt att tilldelningskriterier eller villkor för fullgörande av ett kontrakt som avser de sociala aspekterna av produktionsprocessen rör de byggtreprenader, varor eller tjänster som ska tillhandahållas enligt kontraktet. Uttalandet i förarbetena till LOU (prop. 2015/16:195 s. 1118) att villkoren för fullgöranden av kontrakt – där enligt 17 kap. 1 § LOU bl.a. sociala villkor får ställas – ska således inte heller i detta fall enligt förvaltningsrättens uppfattning tolkas som ett förbud mot att beakta sociala hänsyn vid utformningen av utvärderingskriterierna.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis, efter en genomgång av relevanta rättskällor, att uppfattningen att det vid tillämpningen av upphandlingsreglerna skulle föreligga principiella hinder mot att göra sociala hänsynstaganden vid utvärderingen, saknar stöd.



*Brister utvärderingskriterierna i transparens?*

Bolaget har slutligen anfört att utvärderingskriterierna är oklara.

Förvaltningsrätten gör bedömningen att utvärderingskriterierna till sin utformning inte framstår som oklara. Det är tydligt angivet att det utgör ett mervärde för kommunen om leverantören kan ta emot praktikanter under angivna tidsperioder. Det framgår vidare att kravens uppfyllnad ska visas genom att anbudsgivaren lämnar in en redogörelse för hur detta kommer att ske. Som kraven är utformade går det inte att utläsa annat än att det enskilda kravet är uppfyllt så länge en praktikant finns närvarande under angiven tidsperiod. Av kravens utformning följer ingen skyldighet att ha varje praktikant anställd under en bestämd tidsperiod och det finns inte heller skäl att utgå från att praktikanterna förväntas vara avlönade.

Bolaget har i sitt anbud angett att det accepterar villkoren att anställa praktikanter men har inte lämnat in erfordrad redogörelse för hur detta åtagande ska uppfyllas och säkerställas. Bolaget har således inte i sitt anbud styrkt att uppställda bör-krav är uppfyllda.

Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att bolaget inte visat att villkoren brustit i transparens. Bolaget har inte heller påvisat något orsakssamband mellan kriteriernas utformning och påstådd skada.

*Sammanfattning och slutsatser*

Förvaltningsrätten har funnit att ÄLOU är den lag som ska tillämpas i målet. Rätten har vidare gjort den bedömningen att bolaget inte har visat att det obligatoriska kravet på att delta i möten brister i transparens eller likabehandling på ett sätt som bolaget kunnat lida skada av. Det har inte heller

visats att kravet på sociala hänsyn fått en otillåten omfattning eller att det föreligger en otillåten sammanblandning av kvalificeringskrav och utvärderingskriterier. Förvaltningsrätten har även konstaterat att det är tillåtet att använda sociala hänsyn som utvärderingskriterier. Utvärderingskriterierna har inte brutit i transparens och det har inte visats något orsakssamband mellan kriteriernas utformning och påstådd skada.

Det har mot denna bakgrund inte framkommit att bolaget lidit, eller riskerat att lida, skada till följd av upphandlingens utformning. Det saknas således skäl att ingripa mot upphandlingen. Ansökan om överprövning ska därmed avslås. Domstolen noterar avslutningsvis att bedömningen skulle blivit densamma även om denna i stället gjorts enligt reglerna i LOU.

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



Hases Per Sjöblom

f.d. lagman

Målet har beretts av föredragande juristen Carl Martin Gölstam.