



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2017-01-23

Meddelad i Stockholm

Mål nr

97-17

SÖKANDE

Polstjärnan i Sverige AB, 556863-4488

Smedjegatan 32

131 54 Nacka

MOTPART

Stockholm stad

Box 10014

121 26 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2017 -01- 2 3	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Stockholm stads upphandling avseende ramavtal för arbetsförberedande insatser (AMN 2016-0150-02.04.02) ska göras om.

Dok.Id 812489

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00-16:30

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Stockholm stad(staden) genomför en upphandling avseende ramavtal för arbetsförberedande insatser (AMN 2016-0150-02.04.02). Upphandlingen är fördelad på tre anbudsområden och genomförs som ett förenklat förfarande. Sista anbudsdag är den 24 januari 2017.

Polstjärnan i Sverige AB(Polstjärnan) ansöker om överprövning och yrkar att Stockholm stad i första hand ska rätta kvalificeringskraven i upphandlingen. I andra hand yrkar bolaget att hela upphandlingen efter genomförd rättelse ska göras om.

Staden bestrider bifall till Polstjärnans ansökan om överprövning.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Polstjärnan

Bolaget ifrågasätter inte de formella kraven i kvalificeringen, utan ifrågasätter bristen på alternativ för kvalificering. Kvalificeringskraven i den aktuella upphandlingen står inte i relation till proportionalitetsprincipen eftersom det i praktiken utesluter nystartade företag, och andra verksamheter som inte bedrivs i klassisk aktiebolagsform, men har dokumenterad erfarenhet och kompetens i ledning och medarbetare i det specifika uppdraget av Stockholm stads Jobbtorg.

Enligt en tidigare dom från kammarrätten tillät den upphandling myndigheten att en nystartad verksamhet kunde uppfylla kvalificeringskraven genom referensuppdrag av nyckelpersoner under den tid de har varit anställda i andra organisationer (Kammarrätten i Göteborgs dom den 13 oktober 2014 i mål nr 1011-14). Staden menar enligt Frågor och svar att det

endast är möjligt att ställa krav på anbudsgivaren som företag, med stöd av underleverantörer, och inte på dess anställda personal vilket bolaget bestrider tolkningen av. I flera kammarrättsavgöranden har kvalificeringskrav i form av krav på referenser som avser utpekade nyckelpersoner godtagits (se Kammarrätten i Sundsvall mål nr 999-11, Kammarrätten i Jönköping mål nr 2021-13, Kammarrätten i Göteborg mål nr 3512-15 och Kammarrätten i Stockholm mål nr 127-14).

Staden godtar dock att kvalificeringskravet uppfylls med stöd av underleverantörer. En sådan princip är i praktiken inte genomförbar eftersom ett godkänt referensuppdrag är att betrakta som en stark konkurrensfördel gentemot andra leverantörer på marknaden och kan innebära en risk för osund andrahandsmarknad.

Polstjärnan har som anbudsgivande företag och juridisk person mer än fem års dokumenterad erfarenhet av att arbeta med utsatta målgrupper. Uppdrag för insatserna har erhållits genom offentlig upphandling där företaget har fått använda sig av begreppet företrädare av företaget beroende på att Polstjärnan som företag är ett relativt nystartat företag. Företagets ledning har såväl gedigen erfarenhet som mycket goda referenser när det gäller aktuell målgrupp i den aktuella upphandlingen samt av målgrupper med väsentligt högre skyddsbehov.

Polstjärnans utgångspunkt är att organisationen har tillräckligt yrkeskunnande för att inkluderas i denna upphandling. Stadens kvalifikationskrav är konkurrenshämmande och exkluderar möjligheten för nya företag att delta i upphandlingen genom att inte tillåta att åberopande av företrädare för företaget. Polstjärnan anser att den aktuella målgruppen inom försörjningsstöd, där målet är att erhålla ett arbete, inte är av sådan karaktär att stadens krav på kvalificering står i proportion till det eftersträlvade syftet. Såväl Arbetsförmedlingen och kommuner har i upphandlingar tillåtit referenser

bestående av företrädare för företaget för målgrupper med väsentligt högre behov av stöd än i aktuell upphandling.

Om förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska rättas bör ett sådant beslut, enligt likabehandlingsprincipen, även innebära förlängd anbudstid för att anbudsgivare som tidigare har konstaterat att de inte uppfyller kraven för kvalificering ska få samma förutsättningar att beskriva upplägg, innehåll och metoder som efterfrågas i upphandlingen.

Staden

Staden har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de gemenskapsrättsliga principer som LOU vilar på. För det fall brister skulle anses föreligga såvitt avser förfrågningsunderlaget är bristerna inte av sådan art eller omfattning att kraven i LOU åsidosatts.

Det är, som utgångspunkt, självklart att en upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Lika klart torde det vara att den upphandlande myndigheten vid upphandlingar måste ha relativt stor frihet att få ställa krav på vilka bevis som erfordras för att myndigheten ska vara säker på att få en leverantör med tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet för att klara av att leverera enligt det kontrakt som ska ingås.

Den främsta målgruppen för upphandlingen är arbetslösa, personer som söker eller uppbär försörjningsstöd och ungdomar som omfattas av det kommunala aktivitetsansvaret m.fl. De krav som ställs i upphandlingen ska ses mot bakgrund av och tar sin utgångspunkt i den komplexitet som finns i målgruppen som ska komma att få del av tjänsterna och dess utförande. De individer som finns i målgruppen är bland annat personer som kan ha bristande tilltro till den egna arbetsförmågan och/eller begränsningar inom

fysiska, psykiska och/eller sociala områden samt deltagare med ett stort behov av individuellt stöd.

Bedömningen är att de leverantörer som lämnar anbud och senare ska komma att utföra tjänster måste ha en etablerad organisation med erfarenhet av att ha genomfört uppdrag omfattande målgrupper med motsvarande behov av stöd som i denna upphandling.

Syftet med den nu aktuella upphandlingen är bl.a. att stötta en komplex målgrupp med stora behov av kontinuitet och stabilitet vid utförande av aktuella tjänster. Det är således av stor vikt för staden att leverantören har tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet för att klara av att leverera i enlighet med och fullfölja ingångna avtal.

Bedömningen är att det är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå de eftersträlvade syftena med upphandlingen att ställa krav på att anbudsgivaren tidigare utfört uppdrag inom det anbudsområde som anbud lämnas. Någon mindre ingripande åtgärd, som att tillåta återopande av referensuppdrag utförda av enskilda anställda eller företrädare, kan inte godtas då syftet med upphandlingen därigenom skulle äventyras. Sådana referensuppdrag ger inte tillräckligt stöd för att anbudsgivaren har den erfarenhet, kapacitet och den organisation som krävs för att utföra de upphandlade tjänsterna. Arten av aktuell upphandling kräver att anbudsgivaren har utfört referensuppdragen. Den negativa effekten som kravet får är inte oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträlvade syftet. Det faktum att en eller flera anbudsgivare, vars enda erfarenhet av att tidigare ha utfört uppdrag finns hos en anställd eller företrädare, som då får förmodas ha utfört aktuella uppdrag inom en annan organisation, utesluts från upphandlingen kan inte medföra att staden inte ska vara berättigad till att ställa krav på att anbudsgivaren som sådan tidigare utfört uppdrag.

Inte heller vad Polstjärnan i övrigt anfört medför att förfrågningsunderlaget i någon del kan anses strida mot LOU eller de grundläggande principer som lagen vilar på.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling har genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, som trädde i kraft den 1 januari 2017, upphävts. Av övergångsbestämmelser framgår dock att den upphävda lagen gäller för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Den aktuella upphandlingen påbörjades innan den 1 januari 2017 varför lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) är tillämplig.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter 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.

Enligt punkten 2.4.2 i förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren inkomma med ett (1) referensuppdrag för var och ett av de anbudsområden som anbudet avser och enligt kraven i detta förfrågningsunderlag.

Polstjärnan har den 28 november 2016 i upphandlingens Frågor och svar bett om ett förtydligande angående punkten 2.4.2 och ställt frågan:

För att styrka anbudsgivarens förmåga och erfarenhet att genomföra det aktuella uppdraget, kan som alternativ lämnas ett likartat referensuppdrag som har genomförts av anbudsgivarens företrädare och har huvudansvar för den upphandlade tjänsten?

Denna fråga har besvarats enligt följande:

Referensuppdrag ska för att godkännas, uppfylla samtliga punkter enligt avsnitt 2.4.2. Referensuppdraget ska avse anbudslämnande företag men kan ha genomförts med stöd av underleverantörer.

Förvaltningsrättens bedömning

Förutsättningarna för varje upphandling fastställs i förfrågningsunderlaget. Det står en upphandlande myndighet fritt att uppställa vilka krav man vill så länge kraven är förenliga med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som är ändamålsenligt för upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband och stå i proportion till det behov som ska täckas (jfr prop. 2006/07:128 s. 132).

En proportionalitetsprövning sker vanligen i tre steg. Det första innefattar frågan om åtgärden är ägnad att tillgodose det avsedda ändamålet. Det andra steget utgörs av en prövning av om den är nödvändig för att uppnå det avsedda ändamålet. Till sist bedöms om den fördel som det allmänna vinner står i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar berörda enskilda intressen (se HFD 2016 ref. 37 och HFD:s hänvisningar i målet).

Syftet med det uppställda kravet på referenser är, enligt staden, att säkerställa att anbudsgivaren innehar den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som efterfrågas för att genomföra sådant uppdrag som är föremål för ifrågavarande upphandling. Att uppställa ett krav om att anbudsgivarna kan visa att de utfört liknande uppdrag inom aktuellt anbudsområde framstår för förvaltningsrätten som både lämpligt och effektivt för att uppnå syftet.

Enligt stadens uppfattning finns det inte några mindre ingripande alternativ, såsom att tillåta anbudsgivare att återropa referensuppdrag utförda av enskilda anställda eller företrädare hos anbudsgivaren. Sådana referensuppdrag, i den mån de skulle anses vara godtagbara, ger enligt stadens uppfattning inte tillräckligt stöd för att anbudsgivaren har den erfarenhet, kapacitet och den organisation som krävs för att utföra upphandlade tjänster.

Kravet på att anbudsgivaren, för att styrka sin förmåga och erfarenhet, ska lämna ett likartat referensuppdrag går emellertid enligt förvaltningsrättens mening längre än vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Det går att utläsa motsvarande erfarenhet och kapacitet på andra sätt än enbart genom att företaget har utfört ett liknande referensuppdrag. Efterfrågad kompetens kan ha förvärvats på annat sätt. Det eftersträvade syftet kan därför uppnås genom mindre ingripande alternativ, t.ex. genom att upphandlande myndighet tillåter att anbudsgivaren återoppar referenser utförda av enskilda anställda eller företrädare hos anbudsgivaren. Aktuellt krav riskerar att leda till att konkurrensen begränsas på ett sätt som inte är nödvändigt genom att avhålla potentiella leverantörer, som inte uppfört likartade uppdrag men ändå har den erfarenhet, kapacitet och den organisation som krävs för att utföra upphandlade tjänster, från att lämna anbud i upphandlingen. Genom att ställa upp det aktuella kravet har staden agerat i strid med proportionalitetsprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU.

Förvaltningsrätten har härefter att bedöma huruvida Polstjärnan har lidit skada eller kunnat komma att lida skada av det uppställda kravet. Polstjärnan har anfört att eftersom bolaget är en nystartad verksamhet blir det i praktiken exkluderat att svara på upphandlingen och kan därför komma att lida ekonomisk skada. I målet är fråga om brister i förfrågningsunderlaget vilket har påverkat det konkurrensuppsökande skedet. När det gäller fel i det konkurrensuppsökande skedet anses det tillräckligt att skadan är mer abstrakt beskriven av sökanden och att felet påverkat det sätt på vilket denne har utformat sitt anbud eller att, om felet inte förelåg, ett mer konkurrenskraftigt anbud annars hade kunnat lämnas (jfr Rosén, Andersson m.fl., lagen om offentlig upphandling – En kommentar, s. 611). Ansökan om överprövning ska därmed bifallas. Bristerna i upphandlingsförfarandet är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet varför rättelse inte är en lämplig åtgärd. Upphandlingen ska därför göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).

Lisa Willman
Förvaltningsrättsfiskal

Tobias Fredriksson har handlagt målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.