

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

**DOM**  
2020-03-09  
Meddelad i StockholmMål nr  
28776-19**SÖKANDE**Plintab AB, 556703-0241  
Stensåtravägen 9  
127 39 Skärholmen**MOTPART**

Utbildningsnämnden i Stockholms stad

Ombud: Stadsadvokat Malin Runnako Axén  
Stadsledningskontoret  
105 35 Stockholm**SAKEN**

Offentlig upphandling

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
Enhet	
20-03-09	
Dnr	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 1192152

**Postadress**

115 76 Stockholm

**Besöksadress**

Tegeluddsvägen 1

**Telefon**

08-561 680 00

**E-post:** avd30.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

**Telefax**

-

**Expeditionstid**

måndag–fredag

08:00–16:00

## YRKANDEN M.M.

### Bakgrund

Utbildningsnämnden och stadsdelsnämnderna inom Stockholms stad (staden) genomför en upphandling av pedagogiska bemanningstjänster (Dnr. 2.4.2-11170/2018) som ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Syftet med upphandlingen är att teckna ramavtal för att tillgodose behovet av vikarier vid kortare vakanser inom kommunalt driven förskola, förskoleklass, grund- och gymnasieskola, grund- och gymnasiesärskola, fritidshem och fritidsklubb och annan motsvarande pedagogisk verksamhet, när vikariebehovet inte kan lösas med egen personal. Upphandlingen avser tre anbudsområden: skola (anbudsområde 1), förskola (anbudsområde 2) och kök (anbudsområde 3). Plintab AB (bolaget) lämnade inget anbud i upphandlingen.

### Bolaget

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om inom samtliga anbudsområden och anför bl.a. följande. Staden har brutit mot principerna om proportionalitet och likabehandling. Genom stadens överträdelse av bestämmelserna har bolaget tvingats lägga så mycket tid på ovidkommande förberedelser för att kunna lämna in ett godkänt anbud att bolaget inte mäktat med att lämna anbud överhuvudtaget.

Punkten 1.3.9 i upphandlingsdokumentet innehåller specificerade krav på att en kontaktperson som ansvarar för tillhandahållandet av tjänsterna ska namnges i anbudet och att denne ska uppfylla vissa specificerade krav. Där anges även att kontaktpersonen ska vara anställd av anbudsgivaren, alternativt i närstående bolag, systerbolag, moderbolag eller dotterbolag. Kravets formulering utesluter åberopande av annans kapacitet såvida denne

”annan” inte är ett eget bolag, systerbolag, moderbolag eller dotterbolag. Kravet innebär därmed ett otillåtet avsteg från LOU som vid förenklat förfarande medger leverantören att åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet. Bolaget hade vid tidpunkten för anbudsarbetet inte någon person som uppfyllde kravet om anställning i den av upphandlingsdokumentet angivna kretsen. Bolaget hade däremot kontakt med andra företag med medarbetare som kunnat användas om det hade varit möjligt att åberopa företag utanför den angivna kretsen av bolag. Det är svårt att hinna genomföra en rekrytering under anbudstiden. Hade bolaget kunnat åberopa andra företags kapacitet hade bolaget kunnat uppfylla kravet och därmed kunnat lämna anbud. Då bolaget inte kunde lämna anbud på grund av detta felaktigt formulerade krav lider bolaget skada genom att inte kunnat få möjligheten att bli tilldelad uppdraget.

Upphandlingen ställer vidare mycket omfattande krav på lämnande av referenser i punkten 1.3.10. Totalt ska 25 referenser lämnas vilket innebär ett mycket stort arbete för bolaget. Eftersom referenskraven utesluter 229 av landets 290 kommuner, då det med ”större kommun” avses en kommun med fler än 40 000 invånare, blir hela referenskravet onödigt ingripande sett till myndighetens behov. Kravet på referenser finns med som en del i bedömningen av anbudsgivarens tekniska kapacitet och förmåga. Kravet i denna del på referenser är därmed felaktigt konstruerat genom att det tar fasta på kommunens storlek och inte på referensuppdragets storlek. I en annan del av kravet på referenser anges att ”för anbudsområde 1 och 2 ska erfarenheten omfatta minst 10 uppdrag” och vidare att ”två uppdrag ska omfatta minst 25 tillsättningar och övriga ska omfatta minst 10 tillsättningar”. Denna del av referenskravet tar fasta på referensuppdragets storlek. Det läker dock inte felet i den första delen av referenskravet som tar fasta på kommunens storlek. Det är dessutom otydligt vid vilken tidpunkt storlekskravet på kommunen ska vara uppfyllt.

Genom det ställda men otillåtna referenskravet kunde bolaget inte lämna anbud. Eftersom bolaget hade färdiga referenser som var vidtalade redan innan underlaget publicerades, försvårades anbudsarbetet avsevärt och stor mängd onödig tid fick läggas på att gå igenom alla historiska uppdrag för att bedöma om de uppfyllde alla de ställda kraven. Hade bolaget fått möjlighet att använda referenser som även uppfyller det icke relevanta (icke proportionerliga) kravet på kommunens storlek så hade bolaget kunnat avge anbud.

Bolaget kunde inte lämna anbud i upphandlingen då staden på flera sätt bryter mot grundläggande upphandlingsprinciper. Bolaget har därmed kommit att lida skada. Då överträdelsen rör upphandlingens konkurrens- uppsökande skede kan felet inte läkas genom rättelse utan påföljden blir att upphandlingen ska göras om.

### **Staden**

Staden bestrider bifall till bolagets ansökan och anför bl.a. följande. Staden har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de gemenskapsrättsliga principerna som LOU vilar på. Den bedömning och utvärdering som staden gjort av inkomna anbud har skett på ett korrekt sätt enligt de förutsättningar som ges i upphandlingsdokumentet. För det fall brister skulle anses föreligga såvitt avser upphandlingsdokumentet eller förfarandet i övrigt är bristerna inte av sådan art eller omfattning att kraven i LOU åsidosatts. Det saknas därmed skäl för beslut om att stadens upphandling ska göras om, eller att rättelse ska vidtas. Staden tillbakavisar påståendet att bolaget inte kunnat lämna anbud med anledning av att staden på flera sätt bryter mot grundläggande upphandlingsprinciper. Staden förstår inte vilka ovidkommande förberedelser bolaget avser. Bolaget har inte laddat ner underlaget från Tendsign eller ställt några frågor under anbudstiden. Bolagets påstående i denna del bör lämnas utan avseende.

Bolaget är moderbolag till en av anbudsgivarna, Vikarieförmedlingen AB, som har kunnat lämna in två kontaktpersoner som godkänts. Bolaget verkar inom bemanning av snöröjning och andra tekniska tjänster. Om bolaget ändå skulle ha lämnat anbud och åberopat sitt dotterbolags kapacitet hade det ända varit osannolikt att koncernen hade vunnit något på att lämna anbud på sådant sätt då det är svårt att se hur bolaget har något att tillföra sitt dotterbolag för att anbudet skulle vara mer fördelaktigt än det som Vikarieförmedlingen AB lämnat in. Stadens krav beträffande kontaktperson är vidare motiverat och proportionerligt i förhållande till dess syfte. Anledningen till kravet ställt i 1.3.9, som ingår i kvalificeringen, är att en kontaktperson ska fatta affärsmässiga beslut och delta i central uppföljning av ramavtalet. Dessutom är staden den största köparen i Sverige av dessa tjänster vilket betyder att uppdraget kräver stora vana leverantörer för att kunna hantera och leverera dessa tjänster. Om kontaktpersonerna för dessa ramavtal inte tillhör anbudsgivaren eller närstående bolag bedömer staden risken att avtalsuppföljningen inte fungerar som stor.

Staden tillbakavisar vidare bolagets påstående att stadens krav på referensuppdragen i fråga om större kommuner skulle vara oproportionerligt. Skälen till stadens krav är att staden är den största kommunen i Sverige vilket innebär att lämpliga anbudsgivare ska kunna klara att leverera till många olika ställen och ha system för att hantera stora volymer. Staden tillbakavisar vidare bolagets påstående om att referenskravet är felaktigt konstruerat genom att ta fasta på referenskommunens storlek och inte på referensuppdragets storlek. Staden har tagit stor hänsyn till uppdragets storlek i och med att uppdragets storlek har behövt specificeras. Därmed har såväl storleken på uppdragen hanterats som att referenspersonen ska ha tillräcklig erfarenhet av leverantörens utförande av tjänsten för att kunna verifiera att lämnade uppgifter stämmer samt att uppdraget utförts såsom avtalats. Det är inte otydligt vid vilken tidpunkt storlekskravet på kommunen ska vara uppfyllt. Samtliga ställda krav ska vara uppfyllda på

anbudsdagen.

Det stämmer inte att bolaget inte kunde lämna anbud genom det ställda men otillåtna kravet. Bolaget verkar inte inom anbudsområdet. Deras dotterbolag som gör det har lämnat anbud utan problem och fått ihop tillräckligt med referenser och därmed kvalificerat sig inom alla tre anbudsområden. Då bolaget inte lämnat något anbud kan bolagets påstående om att anbudsarbetet försvårats oerhört mycket på grund av stadens orimliga krav svårligen bemötas. Det har inte på något sett bevisats att redan vidtalade referenser finns.

## **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

### **Tillämpliga bestämmelser**

Upphandlande myndigheter ska 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 (4 kap. 1 § LOU).

Av 19 kap. 23 § LOU framgår att en leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU 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 (20 kap. 6 § LOU).

En allmän förvaltningsdomstol får överpröva en upphandling efter en ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada (20 kap. 4 § LOU).

### **Talerätt**

Inledningsvis konstateras att bolaget inte har lämnat något anbud i upphandlingen. Begreppet leverantör i 20 kap. 4 § LOU omfattar inte endast leverantörer som lämnat anbud i en upphandling utan även potentiella leverantörer, dvs. även en leverantör som inte lämnat anbud kan ansöka om överprövning. En förutsättning för att en leverantör ska ha rätt att få en viss upphandling överprövad är att denne har eller har haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i samma upphandling (HFD 2017 ref. 62).

Bolaget har anfört att det haft intresse av att lämna anbud i upphandlingen vilket inte heller har bestridits av staden. Bolaget anser sig även ha lidit skada på grund av att staden brutit mot LOU. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att bolaget har talerätt i målet.

### **Strider förfrågningsunderlaget mot proportionalitetsprincipen?**

Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att krav som ställs i förfrågningsunderlaget ska stå i proportion till det behov som ska täckas av upphandlingen och till de mål som eftersträvas (se prop. 2006/07:128 s. 132 och 2009/10:180 s. 91). En bedömning enligt proportionalitetsprincipen ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om det är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska det bedömas om den negativa effekten som

åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

När en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för en upphandling har myndigheten stor frihet. Kraven som uppställs ska vara kopplade till det som ska upphandlas, dvs. de ska avse och påverka just den efterfrågade produkten. En upphandlande myndighet är fri att bestämma hur upphandlingsdokumenten i en upphandling ska utformas samt kriterierna för tilldelning av kontrakt så länge de gemenskapsrättsliga principerna iakttas. De obligatoriska krav som anges i upphandlingsdokumenten ska normalt vara till fullo uppfyllda i anbudet för att den upphandlande myndigheten ska kunna uppta ett anbud till slutlig anbudsutvärdering och tilldela anbudsgivaren kontrakt i upphandlingen (jfr t.ex. RÅ 2010 ref. 78 och HFD 2016 ref. 37).

En upphandlande myndighet måste redan vid framställandet av förfrågningsunderlaget se till att de krav som ställs är proportionerliga i förhållande till föremålet med upphandlingen på så sätt att kraven är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud (se HFD 2016 ref. 37).

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter hen grundar sin talan (RÅ 2009 ref. 69). Det är den part som ansökt om överprövning av upphandlingen som har att visa att denne lidit eller kan komma att lida skada av de påstådda bristerna i upphandlingen (HFD 2013 ref. 53).

Visserligen framgår av LOU att en leverantör det för målet aktuella upphandlingsförfarandet vid behov får åberopa andra företags kapacitet. Samtidigt har en upphandlande myndighet stor frihet att utforma kraven i



upphandlingsdokumentet så länge kraven är kopplade till och är proportionerliga i förhållande till upphandlingsföremålet.

Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlingen avser att teckna ramavtal för att tillgodose behovet av vikarier inom skolverksamheten i hela Stockholms Stad. Staden har framfört att anledningen till kravet på kontaktperson i punkten 1.3.9 är att en kontaktperson ska fatta affärsmässiga beslut och delta i central uppföljning av ramavtalet och att det finns en stor risk för att avtalsuppföljningen inte fungerar om kontaktpersonen för ramavtalen inte tillhör anbudsgivaren eller närstående bolag. Staden har även anfört att staden är den största köparen i Sverige av aktuella tjänster, vilket kräver stora vana leverantörer. Staden har gällande referenskraven i punkten 1.3.10 anfört att staden tagit hänsyn till både referenskommunens storlek som referensuppdragets storlek i och med att uppdragens storlek har behövt specificeras. Referenskravet i punkten 1.3.10 har staden motiverat med att lämpliga anbudsgivare ska kunna klara av att leverera till många olika ställen och ha system för att hantera stora volymer då staden är den största kommunen i Sverige. De ställda kraven framstår mot denna bakgrund, enligt förvaltningsrättens uppfattning, som både lämpliga och effektiva för att uppnå syftet med kraven. Bolaget kan därtill inte anses ha visat att kraven inte varit nödvändiga för att uppnå det eftersträvade syftet. Den negativa effekt som uppställda krav kan få för bolaget kan heller inte anses vara oproportionerlig i förhållande till det eftersträvade syftet. Kravet på kontaktperson och referenser kan således inte anses strida mot proportionalitetsprincipen.

#### **Strider förfrågningsunderlaget mot transparensprincipen?**

Den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i upphandlingsdokumentet kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör

ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett upphandlingsdokument. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte överträds (RÅ 2002 ref. 50). Av EU-domstolens praxis framgår att upphandlingsdokument ska vara utformade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (EU-domstolens dom den 18 oktober 2001 i mål C-19/00 SIAC Construction).

När det gäller frågan om vid vilken tidpunkt storlekskravet på kommunen i punkten 1.3.10 ska vara uppfyllt anser förvaltningsrätten att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer måste kunna utläsa av förfrågningsunderlaget att kravet ska vara uppfyllt på anbudsdagen. Kravet strider därmed inte heller mot transparensprincipen.

#### **Sammanfattande bedömning**

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det inte är visat att upphandlingen genomförts i strid med LOU. Bolaget har följaktligen inte lidit skada och kan heller inte komma att lida skada. Grund för ingripande enligt LOU föreligger således inte. Ansökan ska därför avslås.

#### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Åsa Nilsson  
Rådman

Föredragande juristen Marie Nygren har föredragit målet.



## Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

### Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

#### Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

### Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

### Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.  
  
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.  
  
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

### Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

### Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

### Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på [www.domstol.se](http://www.domstol.se).

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.