



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

DOM

2020-03-09

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (11)

Mål nr

28685-19

SÖKANDE

Marja Witt Vikarieförmedlingen AB, 556828-8335
Stensättravägen 9
127 39 Skärholmen

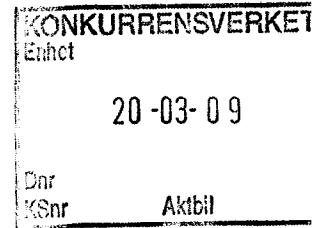
MOTPART

Utbildningsnämnden i Stockholms stad

Ombud: Stadsadvokat Malin Runnako Axén
Stadsledningskontoret
105 35 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 1192388

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: avd30.fst@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	-	måndag–fredag 08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

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). Marja Witt Vikarieförmedlingen AB (bolaget) lämnade anbud i samtliga anbudsområden.

Vikarieförmedlingen

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om inom samtliga anbudsområden och anför bl.a. följande.

Staden har brutit mot de grundläggande 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 sitt bästa anbud. Genom stadens överträdelse av bestämmelserna har bolaget inte heller hunnit besvara stadens begäran om komplettering inom av staden stipulerad, men i praktiken orimligt korta svarstid.

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 inte denne ”annan” 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 och såg till en början inte någon lösning på problemet. 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. När en lösning sedan visade sig möjlig hade bolaget förlorat mycket tid och gavs därmed inte möjlighet att utarbeta sitt bästa anbud. Lösningen var att genomföra en onödig rekrytering och anställning som resulterade i onödiga lönekostnader och förlust i arbetstid för andra medarbetare som arbetade med rekrytering och anställning. Arbetstidsförlusten hade även negativ inverkan på anbudsarbetet med den följd att bolaget inte kunde avge sitt bästa anbud.

Upphandlingen ställer vidare mycket omfattande krav på lämnande av referenser. 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 fast 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 kravet minskade bolagets möjligheter radikalt att arbeta med andra väsentliga poänggivande delar i anbudet. 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 lägga mer tid på utformning av hela sitt erbjudande. Bolaget har tillfogats skada genom tvånget att lägga onödig tid på att uppfylla ett oproportionerligt krav.

Då stadens överträdelse rör upphandlingens konkurrensuppsökande 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 vidare fått sedvanlig tid att besvara begärda förtydliganden. Bolaget har inte inkommit med svar på alla frågor inom angiven frist varpå dessa svar inte kunnat beaktas. Även om staden hade accepterat de sent inkomna svaren hade bolaget ändå inte lidit skada eftersom antalet poäng inte hade räckt för att tilldelas kontrakt i anbudsområde 1 och 2. Av bolagets begäran om överprövning framgår det dessutom att bolaget själv inte anser sig ha inkommit med ett anbud som håller hög kvalitet i de aspekter som utvärderats. Anbudet har dock klarat kvalificeringen och är godkänt. Däremot har inte tillräckligt höga poäng erhållits i utvärderingen.

Stadens krav beträffande kontaktperson är 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. Med tanke på alla övriga krav som ställs i upphandlingens kvalificering framstår det även som högst osannolikt att bolaget inte kunnat utse kontaktperson för ramavtalsområdet som uppfyller kraven som staden ställer utan att nyanställa. Bolaget har dessutom redan i dag ett ramavtal med staden och en däri utsedd kontaktperson.

Staden tillbakavisar bolagets påstående att stadens referenskrav är onödigt ingripande sett till stadens behov. 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. Vidare ska anbudsgivarna vara kunniga och ha erfarenhet av att hantera kunder inom offentlig förvaltning. Staden tillbakavisar bolagets påstående att stadens krav på referensuppdragen i fråga om större kommuner skulle vara oproportionerligt. 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 har inte varit otydligt vid vilken tidpunkt storlekskravet på kommunen ska vara uppfyllt. Samtliga ställda krav ska vara uppfyllda på anbudsdagen.

Staden tillbakavisar påståendet att bolaget tillfogats skada genom tvånget att lägga onödig tid på att uppfylla ett oproportionerligt krav avseende referenskommunernas storlek. Det tar inte lång tid att fastställa en kommuns storlek. Bolaget har kunnat lämna flera uppdrag inom stora kommuner och genom att endast använda kommunala skolor i tre stora kommuner har bolaget fått ihop mer än tillräckligt med godkända referensuppdrag inom samtliga anbudsområden. Kravet har således varken lett till skada eller kunnat ses som särskilt tidskrävande att uppfylla.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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).

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 han eller hon 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).

Förvaltningsrättens bedömning

Strider kravet på kontaktperson och referenser i punkterna 1.3.9 respektive 1.3.10 i 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).

Visserligen framgår av LOU att en leverantör vid 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. Vidare har staden anfört att staden är den största köparen i Sverige av aktuella tjänster, vilket kräver stora vana leverantörer. Staden har vidare gällande referenskraven i punkten 1.3.10 anfört att staden tagit hänsyn till både referenskommunens storlek och referensuppdragets storlek i och med att uppdragets 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. Förvaltningsrätten gör mot denna bakgrund bedömningen att de ställda kraven framstår som både lämpliga och effektiva för att uppnå sitt syfte. 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. Kraven 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.

Har staden brutit mot LOU genom att ställa orimliga tidskrav?

Bolaget har anfört att staden agerat i strid mot LOU genom orimliga tidskrav på svar gällande stadens begäran om komplettering av inlämnade anbud. Staden har å sin sida anfört att bolaget har fått sedvanlig tid att besvara begärda förtydliganden och att bolaget inte inkommit med svar på alla frågor inom angiven frist varpå dessa svar inte kunnat beaktas.

Bolaget har inte utvecklat hur staden agerat i strid mot LOU genom sina ställda tidskrav. Det är förvaltningsrättens bedömning att bolaget inte heller i denna del visat att upphandlingen genomförts i strid med LOU.

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 nyårsafton, 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.

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.

