



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

**DOM**

2017-10-03

Meddelad i Stockholm

Mål nr

10475-17

**SÖKANDE**

Uniflex Sverige AB, 556637-0341

Ombud: Advokat Johan Linder Säverman

Wistrand Advokatbyrå

Box 7543

103 93 Stockholm

**MOTPART**

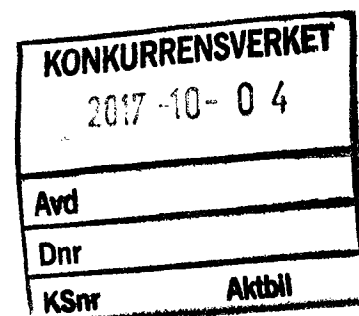
Stockholms stad, Serviceförvaltningen, Upphandlingsavdelningen

Box 7005

121 62 Johanneshov

**SAKEN**

Offentlig upphandling



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens intermistiska beslut den 3 maj 2017 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 889013

**Postadress**

115 76 Stockholm

**Besöksadress**

Tegeluddsvägen 1

**Telefon**

08-561 680 00

**Telefax**

08-561 680 01

**E-post:** [forvaltningsrattenistockholm@dom.se](mailto:forvaltningsrattenistockholm@dom.se)  
[www.domstol.se/forvaltningsratt](http://www.domstol.se/forvaltningsratt)

**Expeditionstid**

måndag–fredag

08:00–16:30

**YRKANDEN M.M.**

*Stockholms stad* (staden) genomför en upphandling avseende bemannings-tjänster 2017, dnr 3.3.2-640/2016. Upphandlingen är en central upphandling som omfattar hela stadens nämndorganisation samt de bolag och stiftelser som anmält sitt deltagande. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt 4 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

*Uniflex Sverige AB* (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför som grund för sin talan i huvudsak följande. Upphandlingen har genomförts i strid med de grundläggande principerna om öppenhet och transparens samt proportionalitet. Principerna har trätts för när genom att disproportionella krav har angetts i förfrågningsunderlaget och genom att kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen har sammanblandats. Bolaget riskerar att lida skada om upphandlingen tillåts fortsätta eftersom företaget genom felaktigheterna frantagits möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

*Staden* bestrider bifall till bolagets ansökan och anför som grund för sin inställning följande. Staden har inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i LOU. I vart fall har bolaget inte visat att det lidit eller kan komma att lida skada till följd av brister i förfrågningsunderlaget.

**VAD PARTERNA ANFÖR**Bolaget*Kapacitetskrav avseende tidigare uppdrag*

Av förfrågningsunderlaget, p. 1.11.8.3, framgår att kommunen har ställt vissa obligatoriska krav på kompetens och erfarenhet. För anbudsområde 1 krävs att minst två uppdrag ska ha utförts "i en större offentlig organisation", med vilket avses landsting, kommuner med fler än 40 000 invånare, statliga organisationer med minst 100 anställda samt statliga/kommunala bolag med minst 500 anställda. För anbudsområdena 2-4 gäller som obligatoriskt krav att minst ett av uppdragen ska ha utförts i en större offentlig organisation.

Upphandlande myndigheter får visserligen, som utgångspunkt, ställa vilka krav de vill på leverantörerna. Kraven måste dock vara proportionella och relevanta i förhållande till upphandlingsföremålet. Kravet på erfarenhet av uppdrag "i en större offentlig organisation" är inte proportionellt.

I samband med "frågor och svar" under upphandlingsförfarandet har kravet på tidigare uppdrag för offentliga organisationer ifrågasatts. Staden har inte besvarat frågan på annat sätt än genom svaret "Kravet kvarstår" och att kravet "är relevant". Staden anser sig inte ha någon skyldighet att motivera de krav som ställts i förfrågningsunderlaget. Det är dock bara staden som har möjlighet att förklara den närmare bakgrunden till kravet och på vilket sätt detta har bedömts proportionellt i förhållande till upphandlingsföremålet.

Företag inom bemanningsbranschen är experter på att rekrytera personal utifrån kundens behov. För att tillsätta personal hos kunderna mottar bemanningsföretaget normalt en kravprofil där det framgår vilka

arbetsuppgifter som ska utföras, vilken tidigare erfarenhet som krävs/önskas samt vilken tidigare utbildning som krävs/önskas. Det är inte någon skillnad för bemanningsföretagets del på att leverera tjänster till kunder inom offentlig eller privat sektor. Kravet på erfarenhet från offentlig organisation saknar därför helt relevans i förhållande till föremålet för upphandlingen. Staden anger nu att det är av ”väsentlig betydelse att anbudsgivare har erfarenhet av tidigare uppdrag i en större organisation” men kan alltså inte ge någon förklaring till på vilket sätt leverantörens åtagande skulle skilja sig åt beroende på om kunden är en privat eller offentlig aktör. En annan sak är att den erbjudna bemanningskonsulten kan behöva ha viss erfarenhet för att kunna utföra sitt uppdrag. Detta regleras dock i andra punkter i förfrågningsunderlaget.

Staden uttalar i svepande ordalag att en offentlig organisation har särskilda processer och omfattas av särskild lagstiftning, som är viktiga att känna till och hantera. Staden lämnar inte någon förklaring till varför man endast godtar viss storlek på tidigare kunder (40 000 invånare, 100/500 anställda). Staden specificerar inga ”särskilda processer” eller ”särskild lagstiftning” som bara skulle gälla för organisationer av viss storlek. Redan av detta skäl är kapacitetskravet i förfrågningsunderlaget p. 1.11.8.3 oproportionerligt.

Den omständigheten att en viss roll/bemanningskonsult eventuellt bör ha viss erfarenhet är inte detsamma som att leverantören som sådan också bör ha dylik erfarenhet. Vilka tidigare uppdrag en leverantör har haft säger ingenting om vilka konsulter denne kan komma att erbjuda i kommande uppdrag för staden.

Staden hävdar att leverantörens kontaktpersoner och rekryterare måste ha både erfarenhet och kunskap gällande offentlig sektor och de samband och systemrelationer som normalt finns i en större offentlig organisation som Stockholms kommun. Detta är ett subjektivt antagande från staden som

saknar stöd i förfrågningsunderlaget. Uttalandet betyder indirekt att man som rekryterare på ett bemanningsföretag själv måste ha arbetat inom offentlig sektor för att kunna leverera personal till offentlig sektor. Detta är ett helt orimligt krav som inte heller har stöd i förfrågningsunderlaget. Det är inte heller något som har kommunicerats med anbudsgivarna vilket innebär att staden omöjligt kan veta någonting om inlämnade anbud och dess anbudsgivare uppfyller ett sådant krav. Det som kan säkerställas med kapacitetskravet är enbart att anbudsgivare levererat personal till offentlig sektor, inte vilken kunskap och kännedom om offentlig sektor rekryteraren som levererat personalen till har/hade.

I förfrågningsunderlaget framkommer inte heller några krav i upphandlingen som är kopplade t.ex. till erfarenhet inom offentlig sektor vare sig vad gäller de kravprofiler på den personal som kan komma att efterfrågas via ramavtalet eller avseende några andra villkor i ramavtalet. Det finns inget krav på att leverantören som sådan ska förstå eller känna till budgetprocessen i en offentligt styrd verksamhet. Det finns inget krav på att leverantören i sig ska ha kompetens och kännedom om arbetsmoment m.m. En leverantörs kapacitet att leverera de tjänster som efterfrågas i ramavtalet, kan på helt likvärdigt sätt intygas genom referenser eller annan erfarenhet av uppdrag inom privat sektor. Det finns inte något rimligt skäl för kravet på att vissa referenser ska vara från den offentliga sektorn.

Det är inte nödvändigt att uppställa kapacitetskravet i enlighet med p. 1.11.8.3 för att uppnå målet att få en roll/bemanningskonsult med viss kunskap och erfarenhet. Det följer av andra bestämmelser i förfrågningsunderlaget vilka krav på leverantörerna som gäller ifråga om sådant som t.ex. tjänstens innehåll (p. 1.12.2), generella krav på personal (p. 1.12.3) och uppdragets genomförande (p. 1.12.4). Kapacitetskravet i 1.11.8.3 är därför inte nödvändigt eller ens relevant för att tillförsäkra efterlevnaden av punkterna 1.12.2-1.12.4 utan är enbart konkurrensbegränsande.

*Utvärdering av referenser*

Av förfrågningsunderlaget (p. 1.21.1) framgår att kommunen avser att använda sig av referenser som ett utvärderingskriterium. Referensuppdrag ska redovisas på ett formulär av vilket framgår att referenten ska poängsätta bl.a. leverantörens förmåga att hitta och presentera lämpliga kandidater, förmågan att tillsätta konsulter, förmågan att följa upp uppdrag, förmågan att hitta kandidater med högre utbildning och förmåga att samarbeta.

Referenser får enligt praxis användas i utvärderingsfasen om det syftar till att få fram det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Så kan vara fallet t.ex. om referenser tas in för att få ett bättre underlag för att bedöma uppfyllandet av kvalitetskrav. Så är dock inte fallet i förevarande upphandling.

Referenserna tas inte in för att bedöma något kvalitetskriterium avseende sådant som att hitta lämpliga kandidater, uppföljning etc. Det är referensen i sig som ska utvärderas. Det finns flera exempel i rättspraxis på att ett sådant förfarande inte godtas, t.ex. Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål nr 5512-08 och 3582-09. Det senare fallet är av relevans även när det gäller utformningen av formuläret för redovisning av referensuppdragen i upphandlingen då formuläret i upphandlingen inte gav någon ledning för vad referenterna skulle väga in för att leverantörernas förmåga ska vara värd en hög eller låg poäng, i vart fall gällande frågorna 1, 2 och 5. Staden ger ingen förklaring till vad som närmare bestämt menas med begreppen ”dålig”, ”bristande”, ”godkänt”, ”bra” eller ”utmärkt”. Formuläret i sig brister därför i transparens.

Vidare kan noteras att staden har ett självständigt utvärderingskriterium, ”urvalsprocess” som ska utvärderas på grundval av en arbetsprocessbeskrivning som ska fogas till anbudet (p. 1.21.3). Inom ramen för detta utvärderingskriterium ska sådant bedömas som hur arbetsgivaren arbetar för att kunna erbjuda kunden ett urval av kandidater för utförande av uppdrag, hur anbudsgivaren matchar kandidat med kundens angivna krav och behov

m.m. Eftersom kommunen enligt detta utvärderingskriterium avser att utvärdera leverantörernas kvalitet på offererade tjänster är det inte proportionellt att dessutom ställa krav på referenser.

Beträffande referenserna gäller härutöver (p. 1.21.1) att de referensuppdrag, för vilka referenser åberopas i utvärderingen, ska avse ett (för anbudsområde 2-4) eller två (för anbudsområde 1) uppdrag i större offentlig organisation. Detta krav på referensuppdragen i utvärderingen är således identiskt med kravet på erfarenhet från tidigare uppdrag från offentlig verksamhet som redan har ställts i kvalificeringsfasen (p. 1.11.8.3). EU-domstolen har fastställt att kvalificering av leverantörer och utvärdering av anbud ska göras i två steg och att dessa inte får sammanblandas. Eftersom staden är skyldig att utvärdera det obligatoriska kravet i förfrågningsunderlaget p. 1.11.8.3 (för det fall kravet skulle anses vara proportionellt) är det i vart fall inte proportionellt eller transparent att samtidigt göra kravet till föremål för utvärdering. Detta medför en otillåten sammanblandning av obligatoriska krav och sådana krav som ska bli föremål för utvärdering.

Såsom förfrågningsunderlaget och kravet på referenser är formulerat synes stadens syfte närmast vara att begränsa konkurrensen genom att avkräva ett mycket stort antal referenser för att leverantörerna ska kunna få höga poäng. Såvitt kan förstås efterfrågar staden tre utförda uppdrag/referenser per referensuppdrag vilket innebär att minst nio utförda uppdrag/referenser måste åberopas och 18 utförda uppdrag/referenser för att få maxpoäng. Som jämförelse kan noteras att SKL Kommentus i sin senaste upphandling som avsåg upphandling av bemanningstjänster för hela Sverige efterfrågade två eller maximalt tre referensuppdrag per huvudkategori. Likaså i Kammarkollegiets senaste upphandling av bemanningstjänster efterfrågades fem referensuppgifter. Det är inte proportionellt att ställa krav på referenser av den omfattning som sker i nu aktuell upphandling.

Bolaget lider skada av det felaktiga utvärderingskravet även med beaktande av att kapacitetskravet medför att bolaget inte kan lämna anbud. Bolaget kan till exempel lämna anbud som underleverantör eller med åberopande av annans kapacitet för att uppfylla kapacitetskravet. Bolaget lider därför skada även av utvärderingskravet eftersom det bygger på en sammanblandning med det otillåtna kapacitetskravet, dels är godtyckligt och omöjliggör att på ett förutsebart sätt kunna välja ut lämpliga referenser samt att kunna kontrollera att alla anbud jämförs på ett transparent och likvärdigt sätt.

#### Staden

Stockholms stad består, utöver kommunstyrelsen, av 14 stadsdelsnämnder och 17 facknämnder. I koncernen Stockholms Stadshus AB ingår ungefär 20 bolag där staden äger majoriteten av aktierna. Därutöver finns ett antal stiftelser med anknytning till staden. Varje nämnd, bolag och stiftelse är egna upphandlande myndigheter.

Med bemanningstjänster avses inhyrning av enstaka, eller flera personer som i beställarens organisation inom staden ska arbeta under dennes arbetsledning. Inhyrningen ska fylla tillfälliga behov av personal och vakanser som uppstår hos beställaren till följd av exempelvis kortare eller längre arbetstoppar, anställd personals sjukdom, tjänstledighet och i väntan på nyrekrytering. Anbudsområdena är administration, registratur och arkiv, ekonomi samt personal. Anbud kan lämnas på hela uppdraget eller på delar av uppdraget. Syftet med upphandlingen är att skapa möjligheter för förvaltningar och bolag att enkelt kunna avropa vikarier och extra resurser vid semestrar, tjänstledighet, sjukdom, tillfälliga arbetstoppar och ökad arbetsbelastning.



*Kompetens och erfarenhet*

Sökandens påstående att kravet på erfarenhet av uppdrag” i en större offentlig organisation” inte är proportionellt, konkurrensbegränsande eller godtyckligt bestrids. Kravet är högst relevant och adekvat samt rimligt i förhållande till föremålet för upphandlingen. Någon skyldighet för staden att motivera krav som ställs i förfrågningsunderlaget föreligger inte. Syftet med ”frågor och svar” under anbudstiden är att möjliggöra förtydliganden och klargöranden i upphandlingsdokumenten.

En offentlig organisation som är en myndighet har särskilda processer och omfattas av särskild lagstiftning som är viktiga att känna till och hantera. Anbudsområde ”Administration” beskrivs i förfrågningsunderlaget p 1.14. Där anges bl.a. förberedelser av ärenden till chefer och tjänstemän, administration och viss handläggning. Detta innefattar t.ex. förberedelse av tjänsteutlåtanden som underlag för beslut, diarieföring, akt- och arkivhantering, kunskap om beslutsvägar, hantering av frågor rörande offentlighet och sekretess m.m. Därtill kommer de särskilda krav i offentlig förvaltning som följer av lag. För rollen administratör ställs även krav på att fatta beslut utifrån redan kända handlingsalternativ. För att kunna göra det krävs kunskaper som är specifika för offentlig sektor och i Stockholms stad även förståelse för systemsamband i en större offentlig organisation med decentraliserat beslutsfattande. Inom anbudsområde ”Arkiv och registratur” (p. 1.1.15) är det fråga om arbetsuppgifter, som gäller för Stockholm stad i egenskap av myndighet, vilket innebär arkivering och hantering av handlingar enligt för offentlig sektor särskild lagstiftning. För uppdraget krävs således god kunskap om lagstiftning och regelverk inom respektive område. Inom anbudsområde ”Ekonomi” (p. 1.1.16) är det av stor vikt för staden att leverantören känner till och förstår budgetprocessen i en politiskt styrd organisation. För kommuner och landsting finns bestämmelser om budgetprocessen i lag. Vidare är det av vikt att ha kunskap och erfarenhet av de regler för ekonomisk förvaltning som gäller inom offentlig sektor. Inom

anbudsområde ”Personal” (p. 1.1.15) är det likaså av stor vikt att känna till hantering av personalfrågor inom en stor myndighet, inte minst arbetsrättsliga frågor. För staden är det viktigt att leverantören har erfarenhet av att tillsätta personal inom offentlig sektor. Det har också specifikt ställts sådant krav på rollen HR-konsult (p. 1.17.1). Som exempel kan nämnas att det är viktigt att ha kännedom om hur samverkan och förhandling med fackliga parter hanteras i offentlig sektor.

Bemannings tjänsterna är uppdrag som avser tillfälliga och ofta korta åtaganden. Det innebär att bemanningskonsulterna snabbt förväntas sätta sig in i sina arbetsuppgifter och ha den erfarenhet och kunskap som krävs för att endast behöva sätta sig in i de särskilda villkor, rutiner och processer som gäller för arbetsplatsen i fråga. Det kräver i många fall att konsulten har stor förståelse för hur processer, rutiner och regelverk fungerar i offentlig sektor och hur dessa är implementerade i en stor komplex organisation. För att ha den förståelsen som behövs måste såväl leverantörens kontaktpersoner och rekryterare som de konsulter som ska tillsättas ha både erfarenhet och kunskap gällande offentlig sektor och de samband och systemrelationer som normalt finns i en större offentlig organisation som Stockholms stad. Om inte leverantören har denna erfarenhet och kompetens bedömer staden att leverantören inte kan leverera efterfrågade tjänster på ett fullgott sätt.

I förfrågningsunderlaget p. 1.12.2 anges bl.a. att leverantören ska ”svara för att personalen har uppdaterade kunskaper för rollen, inklusive vad avser lagstiftning, riktlinjer och mål, så att de vid varje tillfälle är lämpade att utföra sitt uppdrag på bästa sätt”. För att kunna bedöma utbildningsbehovet är det av vikt att förstå behoven av kompetensutveckling inom de fyra anbudsområdena specifikt vad som gäller inom offentlig sektor.

För staden är det av väsentlig betydelse att anbudsgivare har erfarenhet av tidigare uppdrag i en större organisation just på grund av de särdrag som de

aktuella anbudsområdena innefattar och som gäller för myndighet och en så stor organisation som Stockholms stad med nämndorganisation, bolag och stiftelser.

Det är vidare viktigt att anbudsgivare också har kompetens och erfarenhet att välja ut kandidater och vara avtalspart med en offentlig organisation. Eftersom Stockholm stad är en stor och komplex offentlig organisation med drygt 40 000 anställda är kravet på att ha erfarenhet av just en större offentlig organisation relevant och adekvat. Definitionen i förfrågningsunderlaget av en ”större offentlig organisation” är, mot bakgrund av stadens storlek och organisation, bred och kan inte anses vara oproportionerlig.

#### *Utvärdering av referenser*

I anbudsvärderingen ingår enligt förfrågningsunderlaget tre utvärderingskriterier; Pris, Referenser och Urvalsprocess (p. 1.21.2). Vad gäller ”Referenser” anges i förfrågningsunderlaget p. 1.21.2 bl.a. att referenser avser utvärdering av anbudsgivarens förmåga att tillsätta rätt resurs och att välja ut kandidater som motsvarar ställda krav. Vidare avser dessa hur anbudsgivaren återkopplar och hanterar eventuella avvikelser, oförutsedda händelser och eventuella frågor, som kan uppstå under uppdragsperioden.

Något förbud mot att använda referenser i utvärderingsfasen, så länge dessa är avsedda att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, föreligger inte. Referenstagningen har syftat till att bedöma hur väl den efterfrågade tjänsten faktiskt kan komma att utföras, d.v.s. kvaliteten på tjänsten, och därigenom även till att identifiera och fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Någon otillåten sammanblandning av kvalificeringskrav och utvärderingskriterier har därmed inte skett.

I EU-domstolens avgörande i mål nr C-532/06, Lianakis, avsåg de i målet använda tilldelningskriterierna enligt domstolen huvudsakligen vilken

erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogade överför att utföra projektet och kunde därför inte användas som tilldelningskriterier. I förevarande fall är frågorna i formuläret – Referensuppdrag i utvärderingsfasen inte huvudsakligen hänförliga till anbudsgivarnas erfarenhet, kvalifikationer och resurser som sådana. Referenstagningen syftar istället till att bedöma hur väl den efterfrågade tjänsten faktisk kan komma att utföras. Det är således inte fråga om en otillåten sammanblandning av kvalificeringskriterier och utvärderingskriterier.

Förutsättningarna för referenstagning för respektive anbudsområde anges i förfrågningsunderlaget, ”Formulär – Referenstagning”. Referenstagningen avser fem frågor gällande bl.a. leverantörens förmåga att hitta och presentera lämpliga kandidater för uppdrag inom anbudsområdet, tillsätta konsulter som motsvarar ställda krav, följa upp pågående uppdrag, hitta kandidater med högre utbildning samt samarbeta i planering och genomförande av uppdraget. Som framgår av formuläret är frågorna kopplade till efterfrågad tjänst och framåtriktade. De rör inte anbudsgivarens kapacitet. Poängsättningen har en tydlig skala, från låg poäng till hög poäng. Frågeställningarna har inte avsett leverantörens erfarenhet, kvalifikationer och resurser som sådana, vilka endast får beaktas i kvalificeringsfasen, utan har istället varit hänförliga till den tjänst som är föremål för upphandlingen. I upphandlingar av bemanningstjänster är leverantörens förmåga att tillsätta rätt resurs och att välja ut kandidater som motsvarar ställda krav avgörande för kvaliteten på den tjänst som erbjuds.

Inte heller strider formuläret i sig mot principen om öppenhet/transparens. Klara och tydliga anvisningar till referenten anges däri. Såväl frågor som betygsskalan är tillräckligt tydliga för att ligga till grund för referentens svar på ställda frågor och för utvärdering.

Beträffande utvärderingskriteriet ”Urvalsprocess” syftar arbetsprocessbeskrivningen, liksom referenstagningen, till att bedöma hur väl den efterfrågade tjänsten faktiskt kan komma att utföras, d.v.s. kvaliteten på tjänsten och därigenom även till att identifiera och fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Att det skulle vara oproportionerligt att dessutom ställa krav på referenser bestrids. Det är fråga om utvärdering av två olika kriterier, referenser som avser kvaliteten på tjänsten generellt och urvalsprocess, som just avser själva urvalsprocessen och kvaliteten av denna. Genom att använda urvalsprocess som ett ytterligare utvärderingskriterium ges anbudsgivaren möjlighet att få mervärdespoäng på mer än ett sätt. Ingenting hindrar att det är fråga om samma krav avseende ”större offentlig organisation” för anbudsområde 1 respektive 2-4 i kvalificeringsfasen som i utvärderingsfasen. Det är inte fråga om någon otillåten sammanblandning av kvalificeringskrav och utvärderingskriterier.

Att låta anbudsgivare konkurrera om mervärden – kvaliteten i tjänsten – är inte konkurrensbegränsande eftersom förfarandet inte utesluter någon leverantör från att lämna anbud.

Jämförelsen med andra myndigheters upphandlingar av bemanningstjänster är inte relevant. Varje upphandling måste bedömas efter dess egna förutsättningar. Staden har utformat förfrågningsunderlag med kvalificeringskrav och utvärderingskriterier utifrån stadens behov och uppfattning om vad som varit ändamålsenligt och relevant.

## **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

### **Utgångspunkter för prövningen**

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling har den 1 januari 2017 upphävts och ersatts med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Av

övergångsbestämmelserna framgår dock att den upphävda lagen gäller för sådan upphandling som påbörjats före ikraftträdandet. Den upphävda lagen är således tillämplig i detta fall.

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot LOU (jfr HFD 2013 ref. 53). Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndigheter har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69).

#### **Står kravet i p. 1.11.8.3 i strid med proportionalitetsprincipen?**

Av förfrågningsunderlaget p. 1.11.8.3 framgår att staden har ställt krav på anbudsgivares tidigare uppdrag. Som bevis på efterfrågad kompetens och erfarenhet ska anbudsgivare redovisa tidigare uppdrag enligt angivna instruktioner. Det framgår vidare att minst två av uppdragen för anbudsområde "administration" ska ha utförts i en större offentlig organisation. För anbudsområdena "Arkiv och registratur", "Ekonomi" samt "Personal" ska minst ett av uppdragen ha utförts i en större offentlig organisation. Med större offentlig organisation menas alla landsting, kommuner med fler än 40 000 invånare, statliga organisationer med minst 100 anställda samt statliga/kommunala bolag med minst 500 anställda.

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om ovan nämnda krav står i strid med proportionalitetsprincipen.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår bl.a. att en upphandlande myndighet ska iaktta principen om proportionalitet. Denna princip innebär att samtliga krav som ställs i upphandlingsförfarandet måste stå i rimlig proportion till de mål som eftersträvas med upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas (prop. 2006/07:128 s. 155). Alltför långtgående krav som inte har en tydlig och affärsmässig koppling till kontrakt föremålet kan stå i strid med proportionalitetsprincipen.

Bolaget har bl.a. anfört att det inte är någon skillnad för bemanningsföretagets del på att leverera tjänster till kunder inom offentlig eller privat sektor och att kravet på erfarenhet från offentlig organisation därför saknar relevans i förhållande till föremålet för upphandlingen. Bolaget har vidare anfört att staden inte lämnat någon förklaring på varför de endast godtar viss storlek på tidigare kunder och att kravet redan av denna anledning är oproportionerligt. Staden har invänt att det är av väsentlig betydelse att anbudsgivare har erfarenhet av tidigare uppdrag i en större offentlig organisation på grund av de särdrag som de aktuella anbudsområdena innefattar och som gäller för myndighet och för en så stor organisation som Stockholm stad. Staden har vidare anfört att det är viktigt att anbudsgivaren har kompetens och erfarenhet att välja ut kandidater och vara avtalspart med en offentlig organisation.

Bakgrunden till nu aktuell upphandling är att staden avser att fylla tillfälligt behov av personal och vakanser som uppstår. Det uttalade syftet är att skapa möjligheter för förvaltningar och bolag att enkelt kunna avropa vikarier vid semestrar, tjänstledighet, sjukdom, tillfälliga arbetstoppar och ökad arbetsbelastning. Av förfrågningsunderlaget p. 1.1.3 framgår att Stockholm stad, utöver kommunstyrelsen, består av 14 stadsdelsnämnder och 17 facknämnder. I koncernen Stockholms Stadshus AB ingår ungefär 20 bolag där staden äger majoriteten av aktierna. Därutöver finns ett antal stiftelser

med anknytning till staden. Av p. 1.1.4 i förfrågningsunderlaget framgår att målet är att teckna ramavtal med tillräckligt många leverantörer för att kunna tillgodose stadens behov av bemanningstjänster inom administration utifrån stadens behov under fyra år framåt i tiden.

Mot bakgrund av ovan finner förvaltningsrätten att staden som upphandlande myndighet i en upphandling av detta slag får anses ha ett relativt stort utrymme att ställa krav på leverantörerna så länge de allmänna principerna inom EU-rätten och bestämmelserna i LOU inte överträds. Förvaltningsrätten finner, med beaktande av vad staden har anfört bl.a. om vikten av att leverantören har tidigare kompetens och erfarenhet av att tillsätta personal inom offentlig sektor och vara avtalspart med en offentlig organisation, att kravet på ett respektive två tidigare uppdrag från större offentlig organisation inte är mer långtgående än vad som är nödvändigt i förhållande till det som ska upphandlas. Förvaltningsrätten finner vidare att kravet får anses nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Även med beaktande av den negativa effekt som kravet kan innebära för motstående intressen finner förvaltningsrätten att kravet inte kan anses oproportionerligt.

Förvaltningsrätten finner inte heller att kravet, såvitt avser storleken på tidigare beställare, mot bakgrund av den upphandlande myndighetens storlek och upphandlingens omfattning, är oproportionerlig. Det saknas således skäl för ingripande enligt LOU mot upphandlingen i denna del.

#### **Utvärdering av referenser**

Av förfrågningsunderlaget, p. 1.21.2 "Utvärderingskriterium referenser" framgår följande.

Anbudsgivaren ska till sitt anbud bifoga minst tre referenser per anbudsområde, som anbudet omfattar, för att kunna erhålla prisavdrag för utvärderingskriteriet referenser.



Referenserna avser utvärdering av anbudsgivarens förmåga att tillsätta rätt resurs och att välja ut kandidater som motsvarar ställda krav. Vidare hur arbetsgivaren återkopplar och hanterar eventuella avvikelser, oförutsedda händelser och eventuella frågor som kan uppstå under uppdragsperioden på ett fullgott sätt och enligt vad som avtalats.

[...]

Det framgår vidare att minst två (för anbudsområde 1) respektive ett (för anbudsområde 2-4) av referensuppdragen ska ha utförts i en större offentlig organisation.

#### *Referenser i anbudsutvärderingen*

Bolaget har anfört att referenserna i förevarande fall inte syftar till att få fram det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. EU-domstolen har i mål C-532/06 Lianakis slagit fast att kvalificeringskriterier och tilldelningskriterier inte får sammanblandas. Av nämnda avgörande framgår att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier. Däremot kan något generellt förbud mot att beakta referenser vid anbudsutvärderingen varken utläsas av LOU eller av EG-rättslig praxis, så länge som referenstagningen syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Kvalitet och pris är av avgörande betydelse när det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas. Sambandet mellan erfarenhet/kompetens och kvalitet kan variera från bransch till bransch. Av förfrågningsunderlaget framgår att referensuppdragen redovisas genom ifyllnad av ”Formulär referensuppdrag”. Referenstagningen avser följande fem frågor.

1. Bedömer du att leverantören har god förmåga att hitta och presentera lämpliga kandidater för uppdrag inom anbudsområdet?
2. Hur bedömer du leverantörens förmåga att tillsätta konsulter som motsvarar ställda krav?

3. Hur bedömer du leverantörens förmåga att följa upp pågående uppdrag samt hantera situationer som kan uppstå under avtalstiden (avvikelser såsom klagomål, ändringar eller dylikt)?
4. Hur bedömer du leverantörens förmåga att hitta kandidater med högre utbildning, längre erfarenhet eller för uppdrag av specialistkaraktär?
5. Hur bedömer du leverantörens förmåga att samarbeta i planering och genomförande av uppdraget?

I förevarande fall rör det sig om en upphandling av bemanningstjänster.

Leverantörens förmåga att välja ut lämpliga kandidater och tillsätta konsulter som motsvarar ställda krav får enligt förvaltningsrätten anses vara avgörande vid bedömning av kvaliteten på tjänsten. Referensupptagningen i förevarande fall kan inte anses huvudsakligen vara hänförlig till leverantörens kvalifikationer, det vill säga leverantörens förmåga och kapacitet att utföra uppdraget.

Förvaltningsrätten finner att de aktuella referensfrågorna huvudsakligen får anses ha syftat till att bedöma hur väl den i upphandlingen aktuella tjänsten kan komma att utföras och att någon sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskriterier därför inte skett. Det saknas således skäl för ingripande enligt LOU mot upphandlingen i denna del.

#### *Utformningen av "Formulär – Referensuppdrag"*

Bolaget har anfört att formuläret för redovisning av referensuppdrag inte, i vart fall för frågorna 1, 2 och 5, ger någon ledning för vad referenterna skulle väga in för att leverantörernas förmåga ska vara värd en hög eller låg poäng och att formuläret därför brister i transparens.

Bolaget har hänvisat till Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 3582-09. I nämnda avgörande var det fråga om ett antal poängsättande frågor som skulle besvaras i en poängskala 1 till 11. Det framgick inte ens vilken poängnivå som motsvarade gränsen för en godkänd leverans. I förevarande fall framgår av formuläret att poängskalan, såvitt avser frågorna 1, 2 och 5,

är mellan 1 till 5 och det anges vad varje poängnivå motsvarar. Vad avser fråga 2 och 5 anges till exempel att 1 poäng motsvarar dålig, 2 poäng bristande, 3 poäng godkänd, 4 poäng bra och 5 poäng utmärkt. Det framgår visserligen inte mer detaljerat vad som avses med ”dålig”, ”bristande” osv. men det är en problematik som torde göra sig gällande i många fall. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de grundläggande principerna i LOU inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50). Förvaltningsrätten finner mot den bakgrunden att formuläret och den poängskala som legat till grund för referenternas poängsättning inte kan anses brista i transparens. Det saknas således skäl för ingripande enligt LOU mot upphandlingen i denna del.

*Strider ”utvärderingskriterium referenser” mot proportionalitetsprincipen?*  
Av förfrågningsunderlaget p. 1.21.2 framgår att arbetsgivaren till sitt anbud ska bifoga minst tre referenser per anbudsområde för att kunna erhålla prisavdrag för utvärderingskriteriet referenser. Det framgår vidare att referensuppdragen ska omfatta minst två konsulttillsättningar om minst en månad per uppdrag samt minst en tillsättning av uppdrag på minst tre månader. Bolaget har anfört att det inte är proportionerligt att ställa krav på referenser av den omfattning som sker i nu aktuell upphandling och att stadens syfte synes vara att begränsa konkurrensen. Bolaget anför att eftersom varje referensuppdrag ska omfatta minst tre tillsättningar innebär det att minst nio uppdrag/referenser måste åberopas. Förvaltningsrätten konstaterar att något annat än att minst tre referensuppdrag per anbudsområde ska bifogas inte kan utläsas varken av förfrågningsunderlaget eller av ”Frågor och Svar”. Att varje referensuppdrag ska omfatta minst tre tillsättningar innebär enligt förvaltningsrättens mening inte att det rör sig om fler referenser. Staden har i Frågor & Svar, som svar på fråga 29, anfört att deras uppfattning är att leverantörens förmåga att tillsätta rätt resurs och att välja ut kandidater som motsvarar ställda krav med rättvisa kan bedömas först om flera tillsättningar genomförts inom organisationen. Alltför

långtgående krav som inte har en tydlig och affärsmässig koppling till upphandlingsföremålet kan strida mot proportionalitetsprincipen. Det nu aktuella kravet på referenser har enligt förvaltningsrättens mening en tydlig koppling till upphandlingsföremålet. Staden har vidare, genom sitt svar i "Frågor & Svar" även givit en förklaring till att varje referens ska omfatta tre tillsättningar. Skäl att ingripa mot upphandlingen i denna del saknas således.

Bolaget har vidare anfört att det inte är proportionerligt att ställa krav på referenser när utvärderingskriteriet "Urvalsprocess" ska utvärderas på grundval av en arbetsprocessbeskrivning. Av förfrågningsunderlaget p. 1.21.3, "Utvärderingskriterium urvalsprocess" framgår bl.a. att med kriteriet avses att anbudsgivaren arbetar enligt en arbetsprocess som visar att arbetssättet syftar till att matcha kunduppdraget med lämpliga och kvalificerade kompetenser utifrån kundens angivna krav och behov. Av förfrågningsunderlaget p. 1.21.2 "Utvärderingskriterium referenser" framgår bl.a. att referenserna avser utvärdering av anbudsgivarens förmåga att tillsätta rätt resurs och att välja kandidater som motsvarar ställda krav. Förvaltningsrätten finner inte att den omständigheten att det finns två utvärderingskriterier som, på olika sätt, syftar till att bedöma hur väl den efterfrågade tjänsten kan komma att utföras i sig strider mot proportionalitetsprincipen. Skäl att ingripa mot upphandlingen i denna del saknas således.

Bolaget har slutligen anfört att kravet på referensuppdrag i utvärderingen är identiskt med kravet på erfarenhet från tidigare uppdrag från offentlig verksamhet som har ställts i kvalificeringsfasen och att det inte är proportionerligt eller transparent att göra samma krav till föremål för utvärdering samt att detta medför en otillåten sammanblandning av kvalificeringskrav och sådana krav som ska bli föremål för utvärdering. Förvaltningsrätten finner inte att den omständigheten att likalydande

lydelser återfinns i såväl kvalificerings- som utvärderingsfasen i sig innebär att det har skett en sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskriterier. Bolaget har inte närmare preciserat på vilket sätt det skulle stå i strid med proportionalitets- eller transparensprincipen. Det saknas således skäl att ingripa mot upphandlingen även i denna del.

### **Slutsats**

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att det inte framkommit skäl att ingripa mot upphandlingen med stöd av LOU mot bakgrund av det som bolaget har anfört. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

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

Annika Falkenborn  
Rådman

Sara Rostamian har föredragit målet.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

---

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

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

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

### Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

### Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

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

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

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

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

*Forts. nästa sida*

## Avtal före laga kraft i vissa mål

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

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

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättsens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

## Ytterligare information

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

