



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

**DOM**

2020-03-09

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (12)

Mål nr

28158-19

**SÖKANDE**

PersonalExpressen AB, 559107-0213

Box 5855

102 40 Stockholm

**MOTPART**

Utbildningsnämnden i Stockholms stad

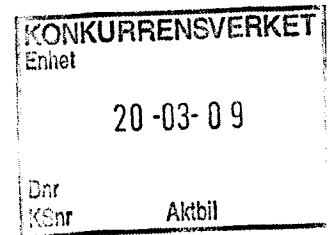
Ombud: Stadsadvokat Jenny Segervall

Stadsledningskontoret

105 35 Stockholm

**SAKEN**

Offentlig upphandling



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 1191963

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). Personal Expressen AB (Personalexpressen) lämnade anbud i anbudsområde 1 och 2.

Av upphandlingsdokumentet framgår bl.a. följande. Tilldelningsgrunden är bästa förhållande mellan pris och kvalitet. Anbudsutvärderingen utgörs enbart av kvalitetskriterier då priserna är fastställda av staden. Anbudsutvärdering sker av de anbud som godkänts beträffande krav på leverantören och beträffande kravspecifisering. Av upphandlingsprotokollet framgår att staden bedömt att Personalexpressen inte klarat kravet avseende punkten 1.3.10, tidigare uppdrag, för de anbudsområden som anbudena avsåg.

**Personalexpressen**

*Personalexpressen* yrkar, så som ansökan får förstås, att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska rättas på så vis att Personalexpressen inte ska uteslutas från utvärderingen. Personalexpressen yrkar vidare att förvaltningsrätten ogiltigförklarar kravet på att minst hälften av uppdragen under punkt 1.3.10 ska ha varit utförda med en kommunal huvudman som kund i en stad med mer än 40 000 invånare. Personalexpressen yrkar vidare att staden enbart får kräva att en leverantör bevisar sin kapacitet för att bli

godkänd som kommunal leverantör åt staden under punkten 1.3.8 och 1.3.9. Personalexpressen anför bl.a. följande. Det är tydligt att Personalexpressen uppfyllt kraven i punkten 1.3.10 samt att dessa fyllts i på ett korrekt sätt enligt upphandlande myndighets önskade format och formalia. Till stöd för detta åberopas den excel-fil Personalexpressen fyllde i, i samband med att anbudet lämnades. Personalexpressens anbudsuppgifter bör godkännas och anses vara korrekta i förhållande till hur staden utformat sin kravställning. Staden har inte bedömt företaget på ett korrekt sätt när det gäller kvalificeringskrav – teknisk och yrkesmässig kapacitet. Staden har brustit i att beskriva vilka uppgifter staden önskat få inlämnade enligt punkten 1.3.10. Om förvaltningsrätten inte agerar i målet kommer Personalexpressen lida allvarlig ekonomisk skada.

#### **Staden**

*Staden* bestrider ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Vid prövningen av de inkomna anbuden bedömdes sökanden inte ha uppfyllt kvalificeringskravet i punkten 1.3.10, tidigare uppdrag, för de anbudsområden som anbuden avsåg, och förkastades. För anbudsområde 1 och 2 ska minst hälften av uppdragen ha utförts i en större kommun. Med större kommun avses kommun med fler än 40 000 invånare. Med utförda i en större kommun avses att uppdragen ska ha utförts i en kommunal skola eller förskola. Av Personalexpressens anbud framgår det att merparten av uppdragen är utförda i fristående skolor respektive fristående förskolor. Personalexpressen uppfyller därför inte kvalificeringskravet i punkten 1.3.10. Staden har inte omformulerat kravet i efterhand utan prövat anbuden utifrån hur det är ställt i upphandlingsdokumentet.

Under anbudstiden ställdes två frågor som har bäring på det aktuella kravet. Dels har staden svarat på frågan om ett uppdrag som utförts på en enhet som är geografiskt placerad i Stockholms stad (enheten är dock ej kommunal) är

att likställa med ett "uppdrag som utförts åt Stockholms stad". Där har staden svarat att med Stockholms stad avses den kommunala myndigheten Stockholms stad (kommunen). Det vill säga tidigare uppdrag som utförts i stadens kommunala skolor och förskolor. Dels har staden på en fråga, som visserligen avsåg referensuppdrag i utvärderingen, men där själva frågan är om kravet att minst två av referensuppdragen ska ha utförts i en större kommun (fler än 40 000 invånare), innebar att de uppdragen ska utförts på skola och förskola inom offentlig verksamhet svarat att med det avses kommunen som upphandlande myndighet och uppdragen ska därmed ha utförts i kommunal skola eller förskola. Kravet i upphandlingsdokumentet är tydligt och i vart fall måste det efter stadens klargöranden under anbudstiden ha stått klart för en informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare vad staden efterfrågar. Av upphandlingsdokumentet framgår att svar på samtliga frågor och eventuell annan information om upphandlingen delges anbudsgivarna och anbudsgivarna uppmanas att löpande under anbudstiden kontrollera om tillkommande information har lämnats. Vidare har ingen annan anbudsgivare missuppfattat kravet på det vis som Personal-expressen gjort.

Staden bestrider vidare att kravet på att minst hälften av uppdragen ska vara utförda i större kommuner är oproportionerligt. Punkten 1.3.10 avser inte att säkerställa anbudsgivares leveranskapacitet utan är ställt för att säkerställa anbudsgivarens kompetens och erfarenhet. Staden är den största kommunen i Sverige och har bedömt att uppdraget kräver leverantörer med vana att leverera dessa tjänster till en stor kommun. Leverantörerna måste också vara väl förtrodda med hur en kommun fungerar och utifrån vilka förutsättningar (t.ex. lagar, styrning och organisation) som en kommun har att verka, dels som verksamhet men också som avtalspart. Mot denna bakgrund kan det aktuella kravet inte anses oproportionerligt med hänsyn till ändamålet. Kravet kan inte heller anses gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå

syftet eftersom det dessutom har varit tillåtet att åberopa flera tidigare uppdrag inom samma kommuns regi.

#### **Genmäle från Personalexpressen**

Personalexpressen har i sina inlämnade uppgifter för anbudsområde 1 och 2 följt kraven i punkten 1.3.10 och tydligt redovisat att uppdragen genomförts i en större kommun med mer än 40 000 invånare. Utifrån stadens yttrande i målet verkar staden dock ha menat, men inte någonstans formulerat, att uppdragen ska vara utförda i en större kommun som beställare och inte en större kommun rent geografiskt vilket är det enda rimliga tolkningsalternativet. Detta framgår inte av upphandlingsdokumentet. Personalexpressen har för de bägge respektive kategorierna presenterat tidigare uppdrag där 9 av 10 uppdrag varit utförda i kommuner med minst 40 000 invånare. Personalexpressen uppfyller även kravet på att uppdragen ska ha utförts åt olika uppdragsgivare. Stadens formulering har lett till att Personalexpressen felaktigt uteslutits.

Personalexpressen har läst samtliga frågor och svar innan inlämnande av upphandlingen. Precis som staden framför avser den ena frågan referenser. Personalexpressen anser att det i svaren till de av staden hänvisade frågorna inte finns något som helst klargörande att uppdragen under punkten 1.3.10 skulle vara uppdrag utförda med en kommunal kund och kan inte användas som grund för att utesluta en leverantör.

Personalexpressen har även levt upp till stadens krav på leveranskapacitet, kompetens och erfarenhet (punkt 1.3.8), krav på ekonomisk ställning, organisation, administrativa resurser och kvalitetssäkring och kontaktperson för ramavtalet (punkt 1.3.9). Stadens motivation för att styrka kravet i punkt 1.3.10, att man som leverantör har god kännedom om hur kommunal verksamhet fungerar, finns redan med som krav i upphandlingen under

punkterna 1.3.8 och 1.3.9. Därför yrkar Personalexpressen att förvaltningsrätten förordnar att staden enbart under dessa två punkter får kräva att en leverantör bevisar sin kapacitet för att bli godkänd som kommunal leverantör åt kommunen. Det finns dessutom inga evidensbaserade belägg från stadens sida att styrka detta krav då det handlar om samma lärare och förskollärare som byter mellan kommunala och privata arbetsgivare. Den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten avgörs främst av hur många och hur kompetenta/erfarna medarbetare en leverantör kan förse staden med. Det är volymen på antalet tillgängliga lärare och förskollärare geografiskt i en upphandlares närområde som skäligen avgör en leverantörs möjlighet att fullgöra sina åtaganden. Staden har inga belägg för att det skulle vara mer komplext eller svårare att som leverantör organisera hundra lärare om dagen inom kommunala skolor jämfört med privata skolor inom samma geografiska område. Det är oskäligt att på en politiskt och legalt fri skolmarknad göra en åtskillnad i relevansen av om en anbudsgivares tidigare kunder är kommunala eller privata.

Staden snedvrider genom kravet i 1.3.10 den fria konkurrensen på marknaden hos anbudsgivare och ger olagliga konkurrensfördelar till de som primärt arbetat med kommunala skolor och förskolor tidigare. Staden snedvrider den fria konkurrensen negativt för anbudsgivare med stor yrkesmässig kompetens och leveranskapacitet genom tidigare erfarenhet att leverera tjänster mot privata eller andra huvudmän inom skolan och förskolan.

#### **Genmäle från staden**

Kravet i punkten 1.3.10 avser inte att säkerställa anbudsgivares leveranskapacitet utan att säkerställa anbudsgivares kompetens och erfarenhet. Vad sökanden anför om leveranskapacitet saknar således betydelse. Däremot

avser punkterna 1.3.11.1 och 1.3.11.2 i upphandlingsdokumentet leveranskapacitet. Dessa saknar dock betydelse för prövningen av kravet i punkten 1.3.10. Staden har inte heller ifrågasatt att sökanden uppfyller övriga kvalificeringskrav. Att sökanden uppfyller övriga krav kan dock inte läka bristen avseende tidigare uppdrag i punkten 1.3.10. Att staden, utöver kraven i punkterna 1.3.8 och 1.3.9, har ställt krav på att leverantören ska visa sin kompetens och erfarenhet genom att åberopa tidigare uppdrag strider inte mot proportionalitetsprincipen eller någon annan bestämmelse i LOU.

## **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

### **Utgångspunkter för prövningen**

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).

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).

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).

Det är inte förvaltningsrättens uppgift att göra en detaljerad utvärdering i upphandlingen. Domstolens prövning omfattar endast att bedöma om upphandlande myndighet har utvärderat inkomna anbud i enlighet med förfrågningsunderlagets förutsättningar och om de upphandlingsrättsliga principerna i 4 kap. 1 § LOU har överträtts (se Kammarrätten i Sundsvalls dom den 22 mars 2013 i mål nr 2130-12).

### **Förvaltningsrättens bedömning**

#### *Upphandlingsdokumentet*

Som kvalificeringskrav på leverantören framgår av punkten 1.3.10, Tidigare uppdrag, bl.a. att anbudsgivaren ska ha kompetens och erfarenhet att leverera konsulter (vikarier) inom anbudsområdet inkluderande samtliga efterfrågade roller för de områden som anbudet omfattar. Uppdragsgivare kan vara en kommun, bolag med friskoleverksamhet eller en skola/grupp av skolor. Som bevis på efterfrågad kompetens och erfarenhet ska till anbudet tidigare utförda uppdrag redovisas enligt instruktion. Av instruktionen framgår bl.a. följande:

För anbudsområde 1 - Skola samt 2 - Förskola ska minst hälften av uppdragen ha utförts i en större kommun. Med större kommun avses kommun med fler än 40 000 invånare. Varje uppdrag ska vara utfört åt olika uppdragsgivare (beställare).

För anbudsområde 1 och 2 ska erfarenheten omfatta minst 10 uppdrag. Uppdragen ska tillsammans omfatta samtliga roller inom respektive anbudsområde 1 och 2.



*Brister upphandlingen i transparens?*

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).

Förvaltningsrätten anser att i instruktionen i punkten 1.3.10, att minst hälften av uppdragen ska ha utförts i en större kommun, på ett tillräckligt tydligt sätt anger vilken typ av uppdrag staden avser. Förvaltningsrätten anser även att punkten 1.3.10 är utformad på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Detta underbyggs även av att staden obesträtt anfört att ingen annan anbudsgivare missuppfattat kravet på det vis som Personalexpressen gjort. Vad Personalexpressen anfört i denna del föranleder ingen annan bedömning. Det har inte heller i övrigt kommit fram något som visar att principen om transparens i LOU överträts vid utformningen av upphandlingsdokumenten. Det är därför förvaltningsrättens mening att upphandlingen inte brister i transparens.

*Strider upphandlingen 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.

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).

När en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för en upphandling har den 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).

Förvaltningsrätten konstaterar att staden genom upphandlingen avser att teckna ramavtal för att tillgodose behovet av vikarier inom skolverksamheten i hela Stockholms stad. Staden har anfört att anledningen till kravet i punkten 1.3.10 är ställt för att säkerställa anbudsgivarens kompetens och erfarenhet. Staden har vidare bedömt att uppdraget kräver leverantörer med vana att leverera aktuella tjänster till en stor kommun och att leverantörerna måste vara väl förtrodda med hur en kommun fungerar och utifrån vilka förutsättningar (t.ex. lagar, styrning och organisation) som en kommun har att verka, dels som verksamhet men också som avtalspart. Det ställda kravet på bevis på efterfrågad kompetens och erfarenhet i punkten 1.3.10 framstår mot denna bakgrund, enligt förvaltningsrättens uppfattning, som både lämpligt och effektivt för att uppnå syftet med kravet. Personalexpressen kan därtill inte anses ha visat att kravet inte varit nödvändigt 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.

Vidare framgår av upphandlingsrapporten att det finns åtminstone tio leverantörer i branschen som uppfyller kvalificeringskravet i punkten 1.3.10, vilket gör att det finns en godtagbar konkurrens. Förvaltningsrätten anser därför att de negativa effekter som kravet kan ha för leverantörer som primärt levererar tjänster mot privata eller andra huvudmän inom skolan och förskolan inte är oproportionerliga i förhållande till det eftersträvade syftet.

#### *Sammanfattande bedömning*

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

### 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.

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

### 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 rätts-tillämpningen.
- 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.