



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

**DOM**

2019-03-22

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (9)

Mål nr

26783-18

**KLAGANDE**

Estate Parkering AB, 556715-4686

Ombud:

Kjell Jönsson

Strandbergsgatan 61

112 51 Stockholm

**MOTPART**

Nacka kommun

131 81 Nacka

**SAKEN**

Offentlig upphandling

|                         |        |
|-------------------------|--------|
| <b>KONKURRENSVERKET</b> |        |
| 2019-03-22              |        |
| Avd                     |        |
| Dnr                     |        |
| KSnr                    | Aktbil |

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1073188

**Postadress**

115 76 Stockholm

**Besöksadress**

Tegeluddsvägen 1

**Telefon**

08-561 680 00

**Telefax**

08-561 680 01

**E-post:** avd31.fst@dom.se

[www.domstol.se/forvaltningsratt](http://www.domstol.se/forvaltningsratt)

**Expeditionstid**

måndag–fredag

08:00–16:00

**YRKANDEN M.M.**

**Nacka kommun** (kommunen) genomför en upphandling av parkeringsövervakning på allmän platsmark, dnr NTN 2018/44. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Syftet med upphandlingen är att lösa behovet av parkeringsövervakning på allmän platsmark inom kommunen. Avtalet gäller för en inledande period om två år med möjlighet till förlängning.

**Estate Parkering AB** (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Upphandlingen strider mot 14 kap. 1 § LOU. Att ställa krav på att alla referensuppdrag ska omfatta parkeringsövervakning på allmän platsmark och att dessa ska ha pågått i minst två år stänger marknaden för vissa anbudsgivare på ett oproportionerligt sätt.

Upphandlingen strider även mot 14 kap. 5 § LOU. Det ställs inte några krav på hur referenserna har upplevt kvaliteten i levererade tjänster. Referensupptagningen motsvarar därför inte de tekniska och yrkesmässiga kraven som kommunen kan ställa enligt bestämmelsen. Det referensformulär som finns i upphandlingsdokumentet innehåller inga kvalificeringsbetyg på utförd leverans. Referenskravet kan därför inte leda till bevis på att en anbudsgivare kan styrka sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet som 14 kap. 5 § syftar till.

Upphandlingen strider även mot 4 kap. 1 § LOU. Referenskravet är inte relevant eller proportionerligt. Kommunen efterfrågar inga extraordinära tjänster eller volymer som kan anses motivera de orimliga kraven på referenser. Kommunen ställer vidare orimligt höga krav vid jämförelse med

liknande upphandlingar som har genomförts inom detta område under åren 2017–2018. Att kräva två referenser av detta slag utan att låta referenserna utvärdera leverantörerna gör att det blir omöjligt att bedöma om leverantören i fråga har de rutiner som kommunen anser vara viktiga. Det finns vidare inga uteslutningsgrunder i referensformuläret vilket innebär att en referens kan ge det lägsta betyget på samtliga frågor utan att leverantören kan bli utesluten. Detta har kommunen meddelat som svar på fråga 12 i ”Frågor och svar”. Utbildning av parkeringsvakter regleras vidare i RPSFS 2002:1 FAP 759-1. I reglerna finns inte någon stipulerad tid för när vidareutbildning ska ske och inte heller krav på några rutiner kring det.

Bolaget har bedrivit parkeringsövervakning sedan år 2009 och parkeringsövervakning på allmän platsmark under mer än ett år. Alla i ledande befattning är utbildade enligt branschorganisationens riktlinjer. Bolaget har även vunnit tre liknande upphandlingar men inget av dessa uppdrag uppfyller kraven i upphandlingen då de inte pågått tillräckligt länge. Bolaget bedriver även andra uppdrag där just rutiner för utbildning är lagstadgade och kontrolleras av Länsstyrelsen. På grund av de oproportionerliga kraven har bolaget inte kunnat delta i upphandlingen.

**Kommunen** yrkar att förvaltningsrätten ska avslå bolagets ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Kravställningen i upphandlingen strider inte mot LOU och bolaget har därför inte lidit skada eller riskerat att lida skada. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt 19 kap. 5 § LOU. Tjänsten är vidare av sådant slag som anges i bilaga 2 ”undersöknings- och säkerhetstjänster” (vakttjänster) med grund i 19 kap. 1 § punkt 2 LOU. Av 19 kap. 2 § samma lag framgår att endast 2 § i 14 kap. är tillämplig på upphandlingar som genomförs enligt 19 kapitlet. Bolagets påstående om att kvalificeringskravet skulle strida mot 14 kap. 1 och 5 §§ stämmer inte.

Kravet på proportionalitet gör sig dock gällande genom 4 kap. 1 § LOU. När en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för en upphandling har den stor frihet. De krav myndigheten ställer måste vara kopplade till det som ska upphandlas. Målsättningen med kommunens krav på referenser är att leverantören ska ha bedrivit omfattande parkeringsövervakning på allmän platsmark under en längre period. Volymen i uppdraget kräver stora resurser och det är därför viktigt att det finns erfarenhet och inarbetade rutiner för en så pass stor entreprenad. Kravet på utbildning för parkeringsvakter på allmän platsmark är lagstadgat och det krävs att det finns rutiner för regelbunden vidareutbildning och att det finns rutiner för att hålla sig uppdaterad med nya domar och ny lagstiftning på området. Kommunens egna erfarenheter vad gäller denna typ av parkeringsövervakning på allmän platsmark talar för att kravet på minst två år utgör ett absolut minimum för att driva en entreprenad av denna volym och karaktär. Inga mindre ingripande åtgärder hade därför säkerställt motsvarande efterfrågad erfarenhet och kompetens.

Kommunens avsikt är att i varje upphandling erhålla bäst kvalitet till bäst pris. Att jämföra uppdrag är inte rättvisande då det finns en rad andra aspekter som påverkar uppdragets kvalitet. Hur andra myndigheter krävställer sina uppdrag skiljer sig markant och en jämförelse av ett krav kan således inte utgöra grund för att anse att kommunens krav på referenser är oproportionerligt. Vad gäller referensformuläret ställs en rad frågor kopplat till referensuppdraget där referenspersonen har möjlighet att sätta betyget godkänt eller ej godkänt. Av ett godkänt referensuppdrag kan således kommunen dra slutsatser om leverantörens samarbetsförmåga, förmåga att leverera i tid, säkerställande av rätt kvalitet i utförandet, kommunikation, yrkesmässiga kompetens osv. Ett godkänt uppdrag för en tid om minst två år utgör bevis om att leverantören innehar den minimumnivå vad gäller erfarenhet och kompetens som kommunen kräver i upphandlingen.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### Utgångspunkter för prövningen

I 4 kap. 1 § LOU anges att 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.

I 20 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlade myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

I en upphandling utgör förfrågningsunderlaget en central del av förfarandet. Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas, under förutsättning att de principer som bär upp lagstiftningen och unionsrätten inte träds för när.

### Relevanta delar av upphandlingsdokumentet samt ”frågor och svar”

Av punkt 6.3 i upphandlingsdokumentet framgår bl.a. följande under rubriken ”Referenser”. Anbudsgivare ska ha erfarenhet av liknande uppdrag, dvs. uppdrag som till sitt innehåll motsvarar denna upphandling. Anbudsgivaren ska påvisa detta genom att till anbudet bifoga två likartade referensuppdrag. Alla referensuppdrag ska bl.a. omfatta parkeringsövervakning på allmän platsmark och uppdragen ska ha pågått i minst två år.

Av punkt 6.4 i upphandlingsdokumentet framgår bl.a. följande. Kommunen kommer att kontakta anbudsgivarnas åberopade referenspersoner. Det är referenspersonen som anger anbudsgivarens betyg. Referenspersonen bör aktivt ha varit involverad eller varit användare/beställare av avtalet. Om något av svaren på referensfrågorna erhåller betyget 2 eller lägre kommer anbudet inte att kvalificeras. I bilaga referensformulär finns information om vilka frågor som kommer att ställas. Om referensupptagningen inte är fullständig och referenspersonen inte svarar efter minst tre påminnelser via e-post kommer anbudet att anses ofullständigt och förkastas.

Av svaret på fråga 12 i ”Frågor och svar” framgår att texten ”om något av svaren på referensfrågorna erhåller betyget 2 eller lägre kommer anbudet inte att kvalificeras” utgår.

Av svaret på fråga 2 i ”Frågor och svar” framgår att även uppdrag som utförts av personer i anbudsgivarens ledning kan anges för företag som inte är nystartade men är nya inom parkeringsövervakning och således saknar referenser.

#### **Förvaltningsrättens bedömning**

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att ingripa i upphandlingen.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det är den upphandlande myndigheten som, inom ramen för de grundläggande principerna och den upphandlingsrättsliga lagstiftningen i övrigt, avgör vilka krav som ska ställas utifrån de behov som föremålet för upphandlingen ska tillgodose. Vad för krav som ställs på liknande upphandlingar har därmed ingen betydelse för prövningen av den nu aktuella upphandlingen. Bolaget har anfört att kommunen har uppställt vissa krav i upphandlingen som bl.a. strider mot 14 kap. 1 och 5 §§

LOU. Kommunen har angett att upphandlingen avser tjänster som omfattas av "undersöknings- och säkerhetstjänster" i bilaga 2 i LOU och att de av bolaget angivna bestämmelserna enligt 19 kap. 2 § LOU inte är tillämpliga.

Förvaltningsrätten anser att tjänsten parkeringsövervakning får anses omfattas av uttrycket "undersöknings- och säkerhetstjänster" i bilaga 2 till LOU. Upphandlingen kan därmed genomföras som ett förenklat förfarande även om värdet överstiger tröskelvärdena, se 1 kap. 4 § LOU som hänvisar till 19 kapitlet i samma lag. Av 19 kap. 2 § LOU framgår att de av bolaget angivna bestämmelserna inte är tillämpliga när det gäller upphandlingar enligt detta kapitel. Vad bolaget har anfört i denna del utgör därmed inte skäl för att ingripa mot upphandlingen.

Frågan är då om det finns skäl för ingripande mot upphandlingen på grund av vad bolaget anfört i övrigt. Det saknas bestämmelser i LOU som anger hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat. En upphandlande myndighet har stor frihet att bestämma vilka krav som vid en upphandling ska ställas på såväl föremålet i upphandlingen som på leverantören av varan eller tjänsten. Vilken kravnivå som är tillåten i en enskild upphandling ska dock avgöras med tillämpning av de upphandlingsrättsliga principerna där bl.a. proportionalitetsprincipen ingår.

Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att krav som ställs inte får gå utöver vad som är nödvändigt och ändamålsenligt i upphandlingen i fråga. Av praxis följer att proportionalitetsbedömningen ska göras i tre steg. För det första ska det prövas om åtgärden är lämplig och effektiv för att uppnå det eftersträvade syftet. Därefter bedöms om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Slutligen bedöms huruvida den negativa effekten som kravet får för det intresse eller rättighet som kravet inskränker är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Förvaltningsrätten anser att det i vissa fall kan vara lämpligt och effektivt att en upphandlande myndighet, för att kunna förvissa sig om att en leverantör har tillräcklig leveranskapacitet, uppställer ett krav på exempelvis referensuppdrag med viss leveransvolym. Det är enligt förvaltningsrättens mening tydligt att syftet med aktuellt krav har varit att säkerställa att leverantörerna ska ha bedrivit parkeringsövervakning på allmän platsmark under en längre period och att kravet ställts mot bakgrund av bl.a. uppdragets omfattning. Enligt kommunen är det viktigt att det finns erfarenhet och inarbetade rutiner för en så pass stor entreprenad. Kravet på erfarenhet från uppdrag med minst två års längd utgör enligt kommunen ett absolut minimikrav för att driva en entreprenad av denna volym och karaktär. Bolaget har anfört att kravet är oproportionerligt då det utesluter vissa leverantörer, särskilt när kravet är utformat på ett sådant sätt som innebär att en referens kan ge det lägsta betyget på samtliga frågor i referensformuläret utan att leverantören kan bli utesluten.

Förvaltningsrätten anser att kravet på referenser, på det sätt som bolaget angett, innebär att en anbudsgivare kan erhålla lägsta betyg på samtliga punkter i referensformuläret utan att bli utesluten. Kravet är därför enligt förvaltningsrättens mening inte optimalt utformat. Det kan dock konstateras att en anbudsgivare i enlighet med upphandlingsdokumentet kan uteslutas om anbudsgivaren i sitt anbud inte anger referensuppdrag som uppfyller de angivna kraven. Genom att uppfylla kravet på två referenser i enlighet med upphandlingsdokumentet, bekräftar anbudsgivarna att de tidigare har utfört uppdrag av angiven karaktär och omfattning. Även om kravet inte är optimalt utformat anser förvaltningsrätten att detta inte i sig innebär att kravet strider mot de grundläggande principerna eller bestämmelserna i LOU i övrigt.

Med hänsyn till vad kommunen anfört om syftet med kravet finner förvaltningsrätten att kravet framstår som motiverat och nödvändigt och att kravets eventuella negativa effekt inte kan anses oproportionerlig eller överdriven i förhållande till det eftersträlvade syftet. Det uppställda kravets negativa effek-



ter på leverantörers möjlighet att lämna anbud har vidare begränsats genom att upphandlingsdokumentet uttryckligen medger att nystartade företag som saknar erfarenhet och inte har några egna referenser kan ange två uppdrag som har utförts av personer i anbudsgivarens ledning. Av svar på fråga två i ”Frågor och svar” framgår att detta även gäller för anbudsgivare som inte är ett nystartat företag, men som är nya inom parkeringsövervakning och således saknar referenser. Kravet bedöms mot bakgrund av det anförda inte strida mot proportionalitetsprincipen. Enligt förvaltningsrättens mening har kommunen därmed haft rätt att ställa upp det ifrågavarande kravet på tidigare referensuppdrag om minst två år av liknande karaktär.

Sammanfattningsvis gör förvaltningsrätten bedömningen att det i målet inte framkommit skäl för att ingripa mot upphandlingen på grund av vad bolaget framfört. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

#### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

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

Johan Lundmark  
Chefsrådman

Föredragande juristen Narin Demirel 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 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.

