



**SÖKANDE**

9Solutions AB, 559161-3947

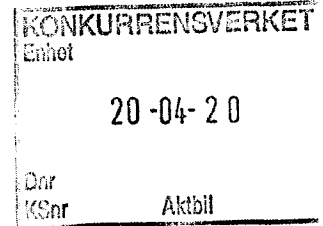
Ombud: Advokaten Magnus Nedström och juristen Philip Madar  
Advokatbyrån Sigeman & Co AB  
Anna Lindhs plats 4  
211 19 Malmö

**MOTPART**

Luleå kommun  
971 85 Luleå

**SAKEN**

Offentlig upphandling



---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.

---

## BAKGRUND

Luleå kommun genomför för Norrbottens e-nämnd en upphandling (öppet förfarande) av ”Trygghetsskapande teknik för särskilt boende”. Sista anbudsdag var den 13 januari 2020.

9Solutions AB ansökte om överprövning den 17 december 2019 och yrkade bl.a. att förvaltningsrätten beslutar att kommunen inte får ingå avtal innan något annat har bestämts. Förvaltningsrätten biföll yrkandet samma dag.

## YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

9Solutions AB yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt,

- (i) att kravet i avsnitt 6.42 i förfrågningsunderlaget på ”kunskap och erfarenhet i svensk lagstiftning och övriga tillämpliga styrdokument och hur detta omsatts till skarpa lösningar och arbetssätt” stryks och utgår, eller
- (ii) för det fall förvaltningsrätten anser att kravet är förenligt med LOU, att det för detta krav endast infordras bevismedel uttryckligen tillåtna enligt 15 kap. 11 § LOU,
- (iii) för det fall förvaltningsrätten dessutom skulle anse det förenligt med LOU att kräva referensuppdrag med viss minsta längd, att sådana referensuppdrag inte behöver ha en hittillsvarande drifttid överstigande tre månader, och
- (iv) för det fall förvaltningsrätten godtar att kommunen infordrar referensuppdrag till styrkande av kravet, att rättelse sker även på så sätt att referensuppdragen inte behöver vara utförda i Sverige.

Bolaget yrkar i andra hand att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås.

## **VAD PARTERNA FRAMFÖR**

### **9Solutions AB**

Bolaget anser att kravet i upphandlingsdokumentet punkt 6.42 står i strid med unionsrätten och LOU. Kravet är generellt otydligt och anger inte konkret vilka lagar eller vilka styrdokument som leverantören måste ha kunskap om eller erfarenhet av. Det framgår inte heller vilket närmare mått på kunskap eller erfarenhet leverantören ska ha. Vidare är det obegripligt på vilket sätt det avslutande ledet i den andra punktsatsen utgör ett krav på tjänstens tekniska egenskaper eller ett krav överhuvudtaget (det förefaller snarast avse ett önskemål om en beskrivning av en inte närmare angiven metodik). Det är omöjligt för en anbudsgivare att förstå vad kraven faktiskt innebär eller vad som krävs för att de ska uppfyllas varför anbudsgivaren saknar tillräckliga förutsättningar för att kunna utforma ett adekvat och konkurrenskraftigt anbud.

Det är fråga om ett krav på leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet enligt 15 kap. 11 § LOU, s.k. kvalificeringskrav. Bestämmelsen i 15 kap. 11 § LOU reglerar på vilket sätt leverantörernas tekniska och yrkesmässiga kapacitet får styrkas. Uppräkningen i bestämmelsen är uttömmande. Det är därför inte tillåtet att begära in någon annan bevisning till stöd för att ett krav på leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet är uppfyllt.

Det i målet aktuella kravet på viss kunskap och erfarenhet är av sådant slag, att det i första hand faller in under punkten 7 i det tillämpliga lagrummet, dvs. ”tjänsteleverantörens eller byggtreprenörens utbildnings- och yrkes-

kvalifikationer eller motsvarande uppgifter om ledande personer i företaget". För krav av detta slag gäller att bevisning endast får införas i form av information eller uppgifter om kvalifikationerna. Det är inte tillåtet att ställa krav på referensuppdrag i någon form. (Detsamma gäller för övrigt om kravet istället skulle sorteras in under 15 kap. 11 § 3 p).

Den möjlighet som ges i 15 kap. 11 § 2 p. "förteckning över de viktigaste varuleveranser eller tjänster som har utförts under de tre senaste åren, med angivande av värde, tidpunkt och privata eller offentliga mottagare" är rimligen inte avsedd för krav av det aktuella slaget. Emellertid, även för det fall det skulle kunna anses tillåtet att som bevis för uppfyllelse av kravet ifråga införa en sådan förteckning, ska det understrykas att det inte är vad kommunen gjort när man begär in "två referenser där offererade lösningar finns i skarp drift sedan minst ett år inom socialtjänst eller vårdverksamhet varav minst ett i Sverige". Det begärda bevismedlet är alltså otillåtet även enligt punkten 2 i bestämmelsen.

Det är inte heller tillåtet med krav om att uppdragen ska ha pågått viss tid. Detta följer av att uppräkningsen i 15 kap. 11 § är uttömmande. Att det gäller ett sådant förbud mot att kräva att referensuppdrag ska ha pågått en viss tid bekräftas i rättspraxis (Kammarrätten i Stockholms dom den 2 februari 2011 i mål nr 6528-10). Kommunens krav på att referensuppdragen ska ha pågått minst ett år eller viss annan tid är oproportionerligt men också i strid med 15 kap. 11 § LOU.

Vidare kan krav på kompetens och erfarenhet i sak inte riktas eller upprätthållas mot juridiska personer utan endast mot fysiska personer. Ett bolag i sig besitter ingen kompetens eller erfarenhet, utan denna finns hos de personer som är verksamma i bolaget och "lämnar" följaktligen bolaget i samma stund personerna gör det. Kommunen har varken dirigerat kraven el-

ler bevismedlen mot någon relevant personal, eller uppställt några avtalsvillkor om säkerställande av tillgång till den kräva kompetensen och erfarenheten. Även detta utgör ett brott mot LOU, liksom mot principen om likabehandling, på grund av att bolaget berövats möjligheten att visa att man uppfyller ställda krav.

Kommunen påstår utan belägg att de materiella krav på tjänsten som kan följa av svensk lag inte följer någon annat lands lag. Det är de faktiska materiella kraven som ska uppfyllas och det är varken förenligt med diskriminerings- eller proportionalitetsprincipen att helt utesluta möjligheten att visa kravuppfyllnad genom erfarenhet eller kompetens som inhämtas utanför Sverige. Eftersom vissa andra länder ställer längre gående krav än Sverige och eftersom den kravbild som gäller för svenska förhållanden i vart fall kan täckas genom kompetens och erfarenhet som inhämtats från flera andra marknader. Det nationellt utformande kravet är under inga omständigheter nödvändigt och står i strid med proportionalitetsprincipen.

Enligt upphandlingsdokumentet tillåts anbudsgivare endast ett sätt visa att det aktuella kravet är uppfyllt, nämligen genom att till anbudet bifoga uppgifter om två referensuppdrag som varit i ”skarp drift sedan minst ett år inom socialtjänst eller vårdverksamhet varav minst ett i Sverige”. Detta innebär att företag som inte tidigare levererat motsvarande tjänst i Sverige är effektivt utestängd från deltagande i upphandlingen, även anbudsgivare med erfarenhet från EU. Kravet står i strid med principen om ickediskriminering och utgör ett otillåtet handelshinder enligt EU:s primärrätt

Bolaget har förmågan och kapaciteten att tillhandahålla en tjänst som uppfyller de ställda kraven i upphandlingen. Bolaget har sedan flera år tillhandahållit sina system på den svenska marknaden, men då genom självstän-

diga distributörer. Lösningarna är med andra ord förenliga med det regelverk som gäller i Sverige. Bolaget kan för närvarande inte uppvisa referens i form av ett uppdrag för *svensk* beställare som pågått i ett år.

Genom den nuvarande utformningen av kravet i 6.42 berövas bolaget att delta i upphandlingen och således även möjligheten att tilldelas kontrakt. Bolaget har därmed lidit eller åtminstone kunnat komma att lida skada av formuleringen i det ställda kravet.

### **Kommunen**

Syftet med upphandlingen är att personalen ska kunna lägga fokus på att ta hand om brukare på de särskilda boendena i stället för att behöva fokusera på att göra rätt enligt gällande lagar och regler. Plattformen ska vara ett verktyg för att underlätta för personalen att följa de lagar och riktlinjer som styr deras yrkesutövning.

Det aktuella kravet är ett kvalificeringskrav och inte ett utvärderingskriterium. Det är i enlighet med 15 kap. 11 § 2 p LOU fråga om att inhämta en förteckning över viktiga varuleveranser.

Kommunen anser att kravet i 6.42 är lämpligt och effektivt för att uppnå syftet med upphandlingen. Det är inte oproportionerligt. För att kunna utforma tekniska lösningar som effektivt underlättar för personalen krävs att leverantören som skapar och utvecklar plattformen har god kunskap i de lagar och förordningar som påverkar personalen i dess yrkesutövning. Tanken är att leverantören ska omsätta denna kunskap i tekniska lösningar och därmed bygga upp den efterfrågade plattformen.

Det är skillnad på svensk och övrig europeisk lagstiftning. Exempelvis är Socialstyrelsens och Läkemedelsverkets föreskrifter unika för Sverige. Även

patientdatalagen skiljer sig från motsvarande lagstiftning i andra länder. Plattformen som leverantören ska ta fram ställer därför höga krav på att leverantören har goda kunskaper i de svenska lagar och förordningar som kommer i fråga. Det är inte möjligt att på ett praktiskt, säkert och lagligt sätt implementera en teknisk välanpassad lösning utan att besitta de grundläggande rättsliga kunskaperna. Kunskapen måste finnas hos leverantören.

Plattformen ska levereras genom ett hyrsystem där beställaren förväntar sig kontinuerliga uppdateringar samt utveckling av plattformens system utefter utveckling i lagstiftning, föreskrifter och praxis. Här ställs höga krav på att leverantören är väl medveten om och följer rättsutvecklingen inom tillämpliga områden. Det kan även förekomma att beställaren i vissa fall vill få till tekniska lösningar som direkt strider mot lagen eftersom det skulle underlätta deras arbete. Här är det av största vikt att leverantören har god kunskap om gällande lagstiftning för att i dessa fall kunna säga nej och presentera en lösning som följer lagen.

Inför upphandlingen utfördes ett omsorgsfullt förarbete med genomförda dialoger och intervjuer. Kommunen har genom detta fått en känsla av att det finns leverantörer som inte förstår komplexiteten som finns i den adekvata lagstiftningen och därför inte kommer att lyckas leverera en plattform som uppfyller syftet med upphandlingen. Kommunen har även via dessa dialoger och intervjuer identifierat flertalet företag som besitter just den kunskap som efterfrågas, varför en effektiv konkurrens inte hämmas av ställda krav.

Kommunen vill genom kravet försäkra sig om att leverantören har kunskap att leverera efterfrågad plattform. Kommunen har även gjort bedömningen att det tar cirka ett år för plattformen att bli implementerad och för beställarens personal att få kunskap om användandet av plattformen. Systemet måste ha testats ordentligt, bedömningsvis under ett års tid, vilket är pro-

portionerligt. Tre månaders drift är alldeles för kort tid för att utgöra en tillförlitlig referens. Inte heller ett avslutat uppdrag kan anses utgöra en trovärdig referens eftersom det är just aktuell lagstiftning kommunen vill kontrollera.

Kravet tar inte sikte på leverantörens nationalitet. Anbudsgivare har också möjlighet att åberopa andra företags kapacitet. Därför är kravet inte diskriminerande.

I det rättsfall från Kammarrätten i Stockholm (mål nr 6528-10) som bolaget hänvisar till framhålls mycket riktigt att det enligt 15 kap. 11 § 2 p LOU inte är möjligt att ställa krav på att ett referensuppdrag pågått under en viss tid. Samma kammarrätt ansåg dock i ett senare avgörande den 23 maj 2012 (mål nr 116-12) att en myndighet får ställa krav på referensuppdrag med viss volym i syfte att säkerställa leverantörens yrkesmässiga kapacitet. Kommunen anser att kravet i 6.24 får ställas så länge kravet är proportionerligt till mål och syfte med upphandlingen.



## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### Frågan i målet

9Solutions AB har gjort gällande att kravet i förfrågningsunderlagets punkt 6.42 står i strid med LOU och unionsrätten. Frågan i målet är om så är fallet.

### Innehållet i upphandlingsdokumentet i relevanta delar

Av upphandlingsdokumentet framgår följande.

6.42 Efterfrågade referensuppdrag (ersätter 6.1)

Obligatoriskt krav

Under ett antal punkter nedan efterfrågas referensuppdrag. Beställaren ska i anbudet bifoga två referenser där offererade lösningar finns i skarp drift sedan minst ett år inom socialtjänst eller vårdverksamhet varav *minst* ett i Sverige. Referensuppdragen syftar till att verifiera:

- Operativ funktionalitet enligt målbild
- Leverantörens kapacitet gällande kunskap och erfarenhet i svensk lagstiftning och övriga tillämpliga styrdokument och hur detta omsatts till skarpa lösningar och arbetssätt.

6.2 Krav på leverantör

Obligatoriskt krav

För att skapa och under hela avtalstiden bibehålla en god affärsrelation mellan beställare och leverantör i syfte att säkerställa god och säker funktionalitet ställer beställaren nedanstående krav.

- Leverantören ska vara väl insatt i svensk lagstiftning och övriga styrdokument som reglerar efterfrågade funktioner och tillhörande arbetssätt.

### **Rättslig reglering**

Enligt 14 kap. 1 § LOU får en upphandlande myndighet ställa krav på att leverantörerna ska vara kvalificerade i vissa avseenden. Kraven får avse endast [...] teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt 5 §. De krav som myndigheten ställer ska vara lämpliga för att säkerställa att leverantören har den rättsliga och finansiella förmåga och den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Alla krav ska ha anknytning till det som ska anskaffas och stå i proportion till detta. Kraven kan uttryckas som minimikrav på förmåga.

Enligt 14 kap 5 § LOU får ett krav enligt 1 § första stycket innebära att leverantören ska förfoga över nödvändiga personalresurser och tekniska resurser samt ha sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard.

Enligt 15 kap. 11 § LOU får en upphandlande myndighet begära utredning av en leverantörs tekniska kapacitet i form av bl.a. en förteckning över de viktigaste varuleveranser eller tjänster som har utförts under högst de tre senaste åren, med angivande av värde, tidpunkt och privata eller offentliga mottagare.

### **Förvaltningsrättens bedömning**

Förvaltningsrätten kan inledningsvis konstatera att parterna endast har argumenterat kring punkt 6.42 (tidigare 6.1). 6.42 måste dock rimligen läsas tillsammans med punkt 6.2.

Krav på referenser avseende liknande uppdrag är mycket vanligt i upphandlingssammanhang. I aktuellt fall har dock referenserna tydligt kopplats till kunskap om svensk lag, vilket gör situationen något annorlunda.

Enligt domstolens uppfattning har ett krav på att leverantören ska vara väl insatt i svensk lagstiftning och övriga styrdokument som reglerar efterfrågade funktioner och tillhörande arbetssätt anknytning till det som Luleå kommun i aktuellt fall avser att anskaffa. Det får också anses proportionerligt. Punkt 6.42 läst i förening med 6.1 kan inte heller anses otydlig.

Frågan är då om kravet på referenser i 6.42 är proportionerligt. Bevisbördan för att så är fallet ligger på kommunen.

Såsom 6.42 är utformat ska anbudsgivaren ange två referenser där den offereerade lösningen finns i skarp drift sedan minst ett år, varav en i Sverige. Enligt förvaltningsrättens uppfattning är ett sådant krav inte den mest lämpliga och effektiva åtgärden för att verifiera att man är väl insatt i svensk lagstiftning och övriga styrdokument osv. Kravet kan inte heller anses nödvändigt. Ett annat mindre ingripande sätt att försäkra sig om att anbudsgivaren har efterfrågade kunskaper är t.ex. att denne måste visa att den personal som ska utföra uppdraget har det. Följden av kravet i 6.42 är också att man utesluter företag som väl kan ha eller kan skaffa resurser med de rätta kunskaperna och erfarenheten. Den negativa effekt som kravet får för presumtiva anbudsgivare är därför oproportionerlig jämfört med det eftersträvade syftet.

Förvaltningsrättens bedömning är således att kravet på referenser i 6.42 står i strid med proportionalitetsprincipen så som den kommer till uttryck i 4 kap. 1 § LOU, och att detta har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada.

Eftersom felet är hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen är rättelse inte en tillräcklig åtgärd utan upphandlingen måste göras om. Ansökan om överprövning ska således bifallas.

### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Överklagandet ska ges in till Förvaltningsrätten i Luleå men vara ställt till Kammarrätten i Sundsvall. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Eva Beselin  
rådman

Carola Andersson 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.