



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet Jönköping
Ulf Nordberg

DOM
2010-05-05
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
2490-10 E
Rotel 1:3

SÖKANDE

Ernst & Young Aktiebolag, 556053-5873
Box 7850
103 99 Stockholm

Ombud: Advokaten Fredrik Linder och
jur. kand. Mikael Dubois
Hamilton Advokatbyrå
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

Landstinget i Jönköpings län
Box 1024
551 11 Jönköping

Ombud: Advokaten Thomas Svedberg och
jur. kand. Pernilla Larsson
Gärde Wesslau Advokatbyrå
Box 684
551 19 Jönköping

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

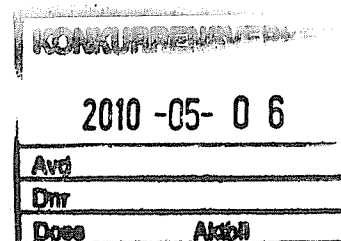
DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 4 mars 2010 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Landstinget genomför en upphandling, handlagd som ett öppet förfarande, avseende sakkunnigt biträde till landstingets förtroendevalda revisorer.



Syftet med upphandlingen är att teckna ett ramavtal med sådan uppdragstagare som ska bistå landstingets förtroendevalda revisorer under avtalsperioden med redovisnings- och förvaltningsrevision. Avtalet ska gälla under perioden 1 april 2010 - 31 mars 2011 med möjlighet till ett års förlängning. I tilldelningsbeslut har anbudet från Ernst & Young Aktiebolag (bolaget) förkastats såsom inte uppfyllande samtliga ska-krav och annan leverantör har tilldelats kontraktet. Bolaget har ansökt om överprövning och förvaltningsrätten har den 4 mars 2010 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

SÖKANDENS YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har skett – varvid bolagets anbud ska utvärderas i sak – och anför i huvudsak följande.

Uteslutningen av bolaget strider mot 10 kap. 1 och 2 §§ LOU

I förfrågningsunderlagets kravspecifikation har landstinget uppställt bl.a. följande ska-krav:

Anbudsgivare ska för sakkunnigt biträde som ska anlitas för uppdrag och för VD bifoga utdrag från belastningsregister som utvisar att VD och sakkunnig inte finns registrerade för brott mot person, ekonomiskt brott, bedrägeri, skattebrott eller liknande.

I dokument innehållande frågor och svar daterat den 12 januari 2010 anges bl.a. följande:

FRÅGA 3

Vi önskar ett förtydligande när det gäller utdraget ur belastningsregistret. Vad menas med sakkunnigt biträde? Innebär detta att samtliga personer som nämns i offerten ska lämna utdrag från registret?

SVAR

Den enskilde begär utdraget från Rikspolisstyrelsen. Utdraget bifogas på de personer som efterfrågas i förfrågan.

Landstingets tillämpning av nämnda ska-krav har inneburit att bolaget utesluts ur upphandlingen p.g.a. att utdrag ur belastningsregistret, som utvisar att de offererade sakkunniga biträdena inte gjort sig skylliga till sådan brottslighet som anges i ska-kravet, inte har bifogats. Denna tillämpning strider mot 10 kap. 1 och 2 §§ LOU. Vidare går landstingets tillämpning av ska-kravet utöver vad som är lämpligt och effektivt för att uppnå dess syfte. Därigenom strider landstingets tillämpning även mot proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Uteslutning av en leverantör i en offentlig upphandling p.g.a. brottslighet kan endast ske med stöd av 10 kap. 1 eller 2 § LOU. Bolaget har som bilaga till sitt anbud gett in utdrag från belastningsregistret avseende bolagets VD, som är en sådan befattningshavare som anses vara företrädare för bolaget i LOU:s mening. Det aktuella ska-kravet avser dock, förutom VD, sakkunnigt biträde. Det är härvid uppenbart att begreppet sakkunnigt biträde enligt landstinget omfattar personer som inte är att anse som företrädare för leverantören i den mening som avses i 10 kap. 1 § andra stycket respektive 10 kap. 2 § andra stycket LOU. Ett krav som innebär att en anbudsgivare kan uteslutas från att delta i en offentlig upphandling p.g.a. brottslighet som har begåtts av någon annan än leverantören själv eller dess företrädare strider mot 10 kap. 1 eller 2 § LOU. I förarbetena till dessa bestämmelser ges en omfattande redovisning av hur begreppet företrädare ska definieras och bedömas. Dessutom framgår av kammarrättsavgöranden att det har ansetts nödvändigt att fastställa om en person är att anse som företrädare för en anbudsgivare för att kunna utesluta denna enligt 10 kap. 2 § LOU.

Det aktuella ska-kravet anger att ett bevis ska inges som utvisar att VD och sakkunnig (dvs. de offererade personerna) inte har begått viss brottslighet. Det är uppenbart att detta ska-krav inte har någonting med leverantörens ekonomiska kapacitet att göra. Detta understryks av att ett sedvanligt krav

på god finansiell och ekonomisk stabilitet har ställts upp i kravspecifikationen. Det aktuella ska-kravet är alltså inte ett sådant som anger en lägsta nivå för anbudsgivarnas ekonomiska kapacitet enligt 11 kap. LOU. Det torde också vara uppenbart att ska-kravet inte har någonting att göra med leverantörens tekniska eller yrkesmässiga kapacitet. Detta styrks av att sedvanliga krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet har ställts upp i kravspecifikationen. Dessutom ska en leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet kontrolleras och bedömas enligt 11 kap. 11 och 12 §§ LOU. Möjlighet att begära in utdrag ur belastningsregistret anges inte i dessa lagrum. Ska-kravet är alltså inte heller ett krav som anger en lägsta nivå för en anbudsgivares tekniska eller yrkesmässiga kapacitet som avses i 11 kap. LOU. Sammantaget innebär detta att det aktuella ska-kravet inte är ett sådant krav på en lägsta nivå för en anbudsgivares ekonomiska eller tekniska och yrkesmässiga kapacitet som avses i 11 kap. LOU.

Av formuleringen särskilda villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras i 6 kap. 13 § LOU framgår tydligt att bestämmelsen inte tar sikte på krav på leverantören. De villkor som avses i 6 kap. 13 § LOU utgör förpliktelser som leverantören måste acceptera och inte villkor som är krav på leverantören. Ett sådant villkor kan inte medföra att en leverantör utesluts p.g.a. att kravet inte är uppfyllt vid tidpunkten för tilldelning av kontrakt då aktuell typ av villkor kan uppfyllas efter kontraktsskrivningen. Landstingets uttalande att ska-kravet även faller in under 6 kap. 13 § LOU är anmärkningsvärt, eftersom lagrummet avser villkor i en upphandling som ställs utöver de krav som grundas på 11 kap. LOU. Ett ska-krav kan alltså aldrig omfattas av både 11 kap. LOU och 6 kap. 13 § LOU. Landstingets argumentation är således helt motstridig och måste ses som en efterhandskonstruktion i syfte att försöka motivera ska-kravets förenlighet med LOU. Då ska-kravet inte avser en förpliktelse som leverantören har att acceptera eller ett villkor för hur kontraktet i upphandlingen ska fullgöras utgör det inte ett

sådant särskilt villkor för kontraktets fullgörande som avses i 6 kap. 13 § LOU.

Landstingets tillämpning av ska-kravet strider mot proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU

Att begära in utdrag ur belastningsregistret för samtliga offererade personer är inte en effektiv och lämplig åtgärd för att kontrollera att uteslutningsgrund enligt 10 kap. 1 och 2 §§ LOU inte föreligger. En eventuell uppgift om att ett sakkunnigt biträde har begått angiven brottslighet får nämligen inte leda till att anbudsgivaren utesluts ur upphandlingen. Vidare finns det flera andra skäl till varför åtgärden inte kan anses lämplig, vilket belyses i det följande. Ett belastningsregisters innehåll är belagt med absolut sekretess innebärande att ingen utom den registrerade själv har rätt att ta del av uppgifterna i registret utan stöd i lag eller förordning. Denna absoluta sekretess motiveras med att belastningsregistret kan innehålla en mängd uppgifter som kan vara integritetskränkande för den enskilde om de blir kända (förutom samtliga utdömda påföljder för brott även exempelvis uppgifter om besöksförbud och beslut om utvisning). Att landstingets tillämpning av det aktuella ska-kravet inte heller är effektiv för att uppnå det eftersträvade syftet bekräftas ytterligare av att utformningen av utdraget gör det omöjligt för den upphandlande myndigheten att vara säker på att samtliga uppgifter i belastningsregistret verkligen har företetts av anbudsgivaren, eftersom ingen sådan sidnumrering som säkerställer detta finns på utdragen. Av första sidan i utdraget framgår inte om utdraget omfattar flera sidor. Om en anställd har beställt ett utdrag och detta utvisar brottslighet (vilket framgår av andra sidan och framåt) men väljer att endast lämna in sidan ett så framstår det som att inga uppgifter om brottslighet finns registrerade. Härvid bör noteras att det anges på första sidan i ett utdrag från belastningsregistret att det inte är lagstiftarens mening att utdraget ska användas som ett intyg för att visa att en person inte är straffad. Av det skälet

är utdraget inte sidnumrerat. Vidare bör beaktas vad som gäller för en arbetsgivare som vill infordra ett utdrag från belastningsregistret från en anställd. Här görs en avvägning mellan arbetsgivarens intresse av att utdraget inhämtas och den anställdes personliga integritet. Arbetsgivaren har ingen möjlighet att med någon form av rättsliga tvångsmedel framtvunga ett sådant utdrag från den anställde om denne inte vill begära ett utdrag och överlämna till arbetsgivaren. Det kan också noteras att det i ett nyligen framlagt utredningsbetänkande – Integritetsskydd i arbetslivet (SOU 2009:44) – föreslås ett uttryckligt förbud mot att arbetsgivare kräver att arbetstagare eller arbetssökande inhämtar och uppvisar utdrag från belastningsregistret.

Vid bedömningen av om de krav som följer av proportionalitetsprincipen har uppfyllts bör beaktas att revisorer står under tillsyn av Revisorsnämnden. En ytterligare aspekt som stödjer bedömningen att landstingets tillämpning av ska-kravet strider mot proportionalitetsprincipen är det faktum att landstinget inte uppställer krav på att landstingets egna förtroendevalda revisorer ska presentera utdrag ur belastningsregistret. I denna del noteras att de förtroendevalda revisorerna tar del av vad landstinget benämner de ytterst känsliga uppgifter som finns i landstingets revisionsverksamhet och att de förtroendevalda revisorerna inte står under tillsyn av Revisorsnämnden. Slutligen bör beaktas att krav på utdrag ur belastningsregistret inte är det enda sättet att kontrollera om viss brottslighet har begåtts. Denna kontroll kan exempelvis göras genom att det från anbudsgivarna begärs in samtliga domar avseende de personer som omfattas av kontrollen och som rör aktuell brottslighet. Detta sätt att utföra kontrollen är mindre ingripande eftersom belastningsregistret omfattar betydligt fler uppgifter än som krävs för att utföra aktuell kontroll.

MOTPARTENS INSTÄLLNING

Landstinget motsätter sig bifall till ansökan och anför bl.a. följande. I 10 kap. 1 och 2 §§ LOU finns s.k. diskvalifikationsgrunder som visar när den upphandlande myndigheten har en skyldighet eller möjlighet att utesluta en anbudsgivare direkt på skäl som följer av lag. Därutöver får den upphandlande myndigheten ställa även andra krav på anbudsgivarna så länge kraven inte strider mot principerna i LOU. I den aktuella upphandlingen har bolaget inte uteslutits på grund av brott utan på grund av att det inte uppfyllt ett ställt ska-krav. Bolagets anbud har därför inte förkastats i strid med 10 kap. 1 och 2 §§ LOU. Mot bakgrund av den känsliga verksamhet landstinget bedriver kan landstingets handläggning inte heller anses stå i strid med de krav som följer av proportionalitetsprincipen. Bolagets argument bemöts enligt följande.

Uteslutningen av bolaget strider mot 10 kap. 1 och 2 §§ LOU

Om en upphandlande myndighet får kännedom om att det finns omständigheter hos leverantören som faller under bestämmelserna i 10 kap. LOU, sker uteslutning direkt på grund av lag. I dessa fall sker således uteslutningen oberoende av förfrågningsunderlagets utformning. Detta är dock inte aktuellt i detta fall. Bolaget har istället prövats enligt 11 kap. LOU, som tar sikte på leverantörens förmåga att leverera det den upphandlande myndigheten efterfrågar. Därav följer (11 kap. 1 § LOU) att en upphandlande myndighet ska kontrollera leverantörens lämplighet, om inte uteslutning skett enligt 10 kap. LOU. Det handlar alltså om en prövning av krav utöver de omständigheter som nämns i 10 kap. LOU och som myndigheten får ställa. Enligt 11 kap. 2 § LOU får den t.ex. ställa krav på en lägsta nivå för att leverantören ska kunna utföra sitt uppdrag.

Kravet faller även väl in under 6 kap. 13 § LOU, enligt vilken den upphandlande myndigheten får ställa särskilda villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Den bakomliggande direktivbestämmelsen till 6 kap. 13 § LOU handlar om villkor för fullgörande av kontrakt. Detta motsvarar det som EG-domstolen kallar särskilt tilläggsvillkor. Med särskilt tilläggsvillkor menas såväl hur ett kontrakt ska fullgöras som villkor som en leverantör ska uppfylla för att få kontraktet. Detta innebär att det finns möjlighet att ställa krav som faller in under 6 kap. 13 § LOU. Paragrafen tar sikte på att leverantören ska utföra uppdraget på visst sätt och således inte bara hur uppdraget ska utföras. Detta framgår tydligt i EG-domstolens dom i mål C-31/87, *Beentjes*, där fråga bl.a. var om det var möjligt att utesluta en leverantör som inte uppfyllde kravet på att anställa långtidsarbetslösa. Det nu aktuella kravet tar sikte på att bolaget ska utföra uppdraget med hjälp av personer som inte innebär en risk för landstingets känsliga verksamhet. Landstinget instämmer inte i bolagets påstående att ska-kravet inte kan omfattas av 6 kap. 13 § LOU om det är ett kvalificeringskrav.

Slutligen konstateras att frågan om vilka bevis som en upphandlande myndighet kan begära inte är uttömmande reglerad i LOU. Även bevis som inte finns reglerade i bestämmelserna kan krävas in, så länge detta inte strider mot de grundläggande principerna.

Landstingets tillämpning av ska-kravet strider mot proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU

Anledningen till att det aktuella ska-kravet har uppställts är att så långt som möjligt förebygga att olämpliga personer får ta del av de ytterst känsliga uppgifter som finns i landstingets revisionsverksamhet. Landstingets krav tar således inte sikte på anbudsgivaren som sådan utan på utförandet av uppdraget. Landstingets revisionsverksamhet omfattar all verksamhet som

bedrivs inom landstingsnämndernas verksamhetsområden. Detta innebär att revisionen har insyn i såväl ekonomisystem som rutiner för läkemedels- hantering och patientjournaler. Revisionen ska även synliggöra de svaghe- ter och brister som finns inom verksamheten. Den som kommer att arbeta som sakkunnigt biträde till landstingets revisorer kommer att få tillgång till en ansenlig mängd känslig information; både information om enskilda in- divider och annan information som innebär en hög riskfaktor om den kommer i orätta händer. Av den anledningen har landstinget ställt krav på att anbudsgivaren ska ange de personer som ska utföra uppdraget. Det före- faller självklart att landstinget i detta fall inte bara har rätt att få ett namn utan även har rätt att ställa vissa krav avseende lägsta nivå för att kunna bedöma personernas kompetens och lämplighet. För att uppnå syftet att så långt som möjligt försäkra sig om att det sakkunniga biträdet är lämpligt och på bästa sätt kommer att förvalta alla de känsliga uppgifter denne kommer att få ta del av, är det aktuella ska-kravet både lämpligt och nöd- vändigt. Kontrollen av personerna ifråga måste naturligtvis göras innan skadan är skedd, varför det är nödvändigt att kravet är obligatoriskt. Det eventuella intrång som det sakkunniga biträdet eventuellt skulle kunna uppleva (vilket i sig synes högst tveksamt vid revisionstjänster) av att läm- na ut uppgifterna i belastningsregistret måste ge vika för det intresse och den skyldighet landstinget har av att skydda patienter och övrig allmänhet samt det faktum att fråga är om förvaltning av skattemedel. Beträffande påståendet att ett utdrag ur belastningsregistret inte är ett tillräckligt säkert sätt att få uppgift om eventuell brottslighet kan endast konstateras att begä- ran om ett utdrag ur belastningsregistret är det vedertagna och enda sättet att få dessa uppgifter. Ett sådant utdrag måste också godtas enligt lag om det hade varit fråga om brottslighet enligt 10 kap. LOU.

DOMSKÄL

Tillämpliga författningsregler

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 1 § LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 § samma kapitel får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt paragrafen. I 2 § anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag 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 gjorts.

Av 10 kap. 1 § LOU framgår att en upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i en offentlig upphandling om myndigheten får kännedom om att leverantören enligt lagakraftvunnen dom är dömd för vissa uppräknade brott bl.a. bestickning, bedrägeri och penningtvätt. Är leverantören en juridisk person ska leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brottet.

I 10 kap. 2 § LOU anges att en leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören

1. är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare har inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud,

2. är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande,
3. genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen,
4. har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta,
5. inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, eller
6. i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av denna bestämmelse.

Av andra stycket framgår att om leverantören är en juridisk person får leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brott som avses i första stycket punkt 3 eller gjort sig skyldig till sådant fel som avses i första stycket punkt 4.

Enligt tredje stycket får myndigheten begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för att utesluta leverantören med stöd av första stycket punkt 1, 2, 3 eller 5.

I 11 kap. LOU finns regler om kontroll av leverantörers lämplighet m.m. Enligt 2 § får en upphandlande myndighet ställa krav på lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. I nämnda kapitels 11 § finns angivet att den tekniska kapaciteten får styrkas endast på ett eller flera av vissa uppräknade sätt.

Enligt 6 kap. 13 § LOU får en upphandlande myndighet ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Dessa villkor ska anges i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.

Förarbetsuttalanden samt rättspraxis

Av förarbetena till LOU (prop. 2006/07:128) framgår bl.a. följande. I 10 kap. LOU finns bestämmelser om krav som kan ställas på leverantörer och som, om de inte uppfylls, kan eller ska leda till att en upphandlande myndighet utesluter en leverantör från deltagande i myndighetens upphandling. Dessa bestämmelser finns i artikel 45 i direktivet. Bestämmelsen i lagrådsremissens 4 § innehåller ett bemyndigande om föreskrifter om de bevis som en leverantör ska förete vid offentlig upphandling. En bestämmelse om de bevis som ska företes har förts in i 11 kap. 11 § och bemyndigandet har därför utgått (a. prop. s. 384). Angående 10 kap. 1 § LOU anförs bl.a. följande. Hur myndigheten ska göra en kontroll av förekommande laga-kraftvunna domar ska avgöras utifrån en lämplighetsbedömning. Myndigheten ska dock endast genomföra en sådan kontroll när det finns grundad anledning att anta att grund för uteslutning föreligger (a. prop. s. 238). Angående 11 kap. 11 § LOU anförs vidare i propositionen att det framgår av ordalydelsen av artikel 48.2 att uppräknningen i artikeln av de handlingar som kan begäras in är uttömmande. Den upphandlande myndigheten kan således inte begära in andra handlingar än de som anges i artikeln. Att listan är uttömmande framgår även av kommissionens vägledning för tillämpning av de äldre direktiven om upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster; Guide to the community rules on Public Supplies contracts, Works Contracts respektive Service contracts, som innehåller likalydande bestämmelser (a. prop. s. 399 f.). I 11 kap. LOU behandlas hur en upphandlande myndighet ska kontrollera att leverantörer uppfyller de krav som ställs på dem. I direktivet finns de bestämmelser som behandlas i detta kapitel i artiklarna 46 - 52. Enligt artikel 44.1 ska den upphandlande myndigheten göra en lämplighetsbedömning. Bedömningen ska göras i enlighet med bestämmelserna om ekonomisk samt yrkesmässig och teknisk kapacitet i 6 - 15 §§. Lämplighetsbedömningen är enligt det klassiska direktivet begränsad till att endast omfatta detta (a. prop. 391 f.). Med stöd av be-

stämmelsen i 6 kap. 13 § LOU får en upphandlande myndighet fastställa särskilda kontraktsvillkor. Vilka villkor som kan ställas får avgöras i varje enskilt fall. I artikel 26 anges "krav på hur kontraktet ska fullgöras". Av uttrycket får anses framgå att särskilda krav som ställs ska ha någon koppling till föremålet för kontraktet. I handboken Att köpa grönt ! Handbok om miljöanpassad offentlig upphandling, som har getts ut av kommissionen, ges vägledning om vilka miljöhänsyn som kan tas. Kontraktsvillkoren får inte vara tekniska specifikationer, urvalskriterier eller tilldelningskriterier. Villkoren anges i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Ett anbud från en leverantör ska förkastas om leverantören förklarar att han inte kan eller vill iaktta uppställda särskilda villkor för fullgörandet. Av beaktandesats 33 framgår att sådana villkor som avses i paragrafen kan t.ex. syfta till att främja yrkesutbildning på arbetsplatsen och anställning av personer som har särskilda svårigheter att komma in på arbetsmarknaden, att bekämpa arbetslöshet eller skydda miljön. De kan gälla att anställa långtidsarbetslösa eller att genomföra utbildning för arbetslösa eller ungdomar, att följa bestämmelserna i grundläggande ILO-konventioner eller att anställa personer med funktionshinder. Som exempel på miljömässiga villkor i kontrakt har kommissionen i sin handbok angett som godtagbara villkor att leverantören hämtar och återanvänder eller återvinner förpackningsemballage. Vidare kan som villkor anges exempelvis att transporter ska utföras på särskilt miljömässigt sätt. Bestämmelsen om särskilda kontraktsvillkor avser således villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras och reglerar inte tekniska specifikationer och de krav som kan ställas i samband härmed (a. prop. s. 352 f.).

I EG-domstolens mål C-31/87, *Beentjes*, var fråga bl.a. om det var förenligt med det då gällande byggdirektivet att ställa upp krav på att 70 procent av den av leverantören anlidade arbetskraften skulle bestå av långtidsarbetslösa knutna till en regional arbetsförmedling. Domstolen konstaterade att bedömningen av en leverantörs lämplighet att fullgöra kontraktet (baserad

på leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet) och valet av anbud (tilldelningen) utgjorde två olika faser (för enkelhetens skull benämnda fas 1 och fas 2) vilka styrdes av skilda regler i direktivet (punkterna 15 och 16 i domen). Den upphandlande myndigheten fick enligt domstolen använda de hjälpkriterier de ville för att i fas 2 fastställa vilket anbud som var det ekonomiskt mest fördelaktiga så länge kriterierna var lämpade för en sådan bedömning. Det var endast genom uttryckligt undantag som direktivet gav utrymme för att ge en inte konkurrenskraftig anbudsgivare kontraktet i form av en enligt EG-fördraget godtagen stödåtgärd (punkt 19 i domen). Enligt domstolen hade det aktuella kravet avseende långtidsarbetslösa inte någon koppling till direktivets regler varken vad avser bedömningen i fas 1 av lämplighet eller i fas 2 av valet av anbud (punkt 28 i domen). Kravet ansågs dock förenligt med direktivet förutsatt att det inte hade någon direkt eller indirekt diskriminerande effekt för anbudsgivare från andra medlemsstater (domstolen hänvisade [punkterna 20 och 29] till målen C-27-29/86, CEI och Bellini). Vidare måste kravet bekantgöras för leverantörerna i enlighet med direktivets förfaranderegler (punkterna 31 och 37). Kravet be-tecknades av domstolen som ”an additional specific condition”, ”une condition particulière supplémentaire”, dvs. som ett tillkommande särskilt villkor som inte täcks av direktivet men som medlemsstaten ändå haft rätt att ställa.

I målet C-225/98, Kommissionen mot Frankrike (Nord-Pas-de-Calais), var fråga om rätten för en upphandlande myndighet att uppställa ett krav rörande sysselsättning knutet till en lokal åtgärd för att bekämpa arbetslösheten. Domstolen uttalade att direktivets bestämmelse om tilldelningskriterier inte uteslöt all möjlighet för de upphandlande myndigheterna att som kriterium använda ett villkor som hade samband med att bekämpa arbetslösheten (under de självklara förutsättningarna att kravet inte stred mot gemenskapsrätten och hade bekantgjorts för leverantörerna [punkterna 50 och 51 i domen]). Domstolen hänvisade till punkterna 29, 31 och 36 i do-

men i målet Beentjes). Att märka är att domstolen prövade om det aktuella kravet kunde betecknas som ett ”upphandlingskriterium” (och inte enbart som ett villkor för fullgörande av kontraktet), men inte om kravet var förenligt med de grundläggande EG-rättsliga principerna och inte heller om det hade bekantgjorts för leverantörerna (punkt 53).

Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2009 ref. 69 uttalat bl.a. att mål om offentlig upphandling i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare samt att som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på.

Förvaltningsrättens bedömning

Målet gäller i första hand frågan om landstinget har haft rätt att ställa upp följande ska-krav:

Anbudsgivare ska för sakkunnigt biträde som ska anlitas för uppdrag och för VD bifoga utdrag från belastningsregister som utvisar att VD och sakkunnig inte finns registrerade för brott mot person, ekonomiskt brott, bedrägeri, skattebrott eller liknande.

Bolaget gör i huvudsak gällande att ska-kravet står i strid med 10 kap. LOU och att det saknas laglig grund i övrigt för att uppställa ett krav av aktuellt slag. Landstinget har i huvudsak gjort gällande att ska-kravet såväl ryms inom den lämplighetsprövning som ska göras enligt 11 kap. LOU som att det utgör ett särskilt kontraktsvillkor enligt 6 kap. 13 § LOU. Skälet till att bolaget inte har kvalificerat sig har ingenting att göra med omständigheter som kan hänföras till leverantören enligt 10 kap. LOU, som tar sikte på den upphandlande myndighetens skyldighet och möjlighet att utesluta en leverantör bland annat p.g.a. brottslighet.

Av utredningen i målet framgår att leverantörerna har varit medvetna om ska-kravet och dess innebörd har varit klar. Det kan också konstateras att

ska-kravet innefattar en vidare kontroll avseende brottslighet än den som förutsätts i 10 kap. 1 och 2 §§ LOU, då den omfattar fler brott än vad som anges i dessa lagrum och då kontrollen inte är begränsad till enskilda näringsidkare och företrädare för juridiska personer. Vidare noteras att kontrollen görs utan att det finns grund för att anta att grund för uteslutning föreligger. Med beaktande härav samt de begränsningar av vilka handlingar som den upphandlande myndigheten har rätt att kräva in (se 11 kap. 6 - 15 §§ LOU samt tidigare i domen redovisade förarbeten) kan ska-kravet inte anses godtagbart med stöd av 10 kap. LOU.

Lämplighetsbedömningen enligt 11 kap. LOU är begränsad till att endast omfatta bestämmelserna om ekonomisk samt teknisk eller yrkesmässig kapacitet. En kontroll avseende brottslighet av aktuellt slag kan därför inte göras inom ramen för sådan bedömning.

Bestämmelsen om särskilda kontraktsvillkor avser villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras och får inte vara tekniska specifikationer, urvalskriterier eller tilldelningskriterier. Ett krav på företeende av belastningsregisterutdrag kan inte anses utgöra ett sådant villkor utan har mer karaktär av urvalskriterium. Härvid ansluter sig förvaltningsrätten till den bedömning av bestämmelsens innebörd som framgår av redovisade förarbeten. Mot bakgrund härav kan det aktuella ska-kravet inte anses utgöra ett sådant särskilt kontraktsvillkor som avses i bestämmelsen. Det EG-domstolen har uttalat i rättsfallen Beentjes och Nord-Pas-de-Calais föranleder ingen annan bedömning. Enligt förvaltningsrättens mening kan dessa rättsfall inte heller tolkas så att det finns grund för att ställa upp ett ska-krav av aktuellt slag på annan grund än bestämmelserna i 6 kap. 13 §, 10 kap. och 11 kap. LOU. Vid en samlad bedömning finner förvaltningsrätten därför att landstinget har brutit mot ovannämnda bestämmelser i LOU genom att ställa upp det aktuella ska-kravet. Med anledning härav har bolaget lidit skada eller kunnat komma att lida skada. Vid denna bedömning saknas anledning att prö-

va om landstingets uppställande av ska-kravet och tillämpning av detsamma även strider mot proportionalitetsprincipen.

Då felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede kan någon mindre ingripande åtgärd inte väljas än att besluta att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1D).

Lena Schön-Barkestam
Lena Schön-Barkestam

0 0 - 000