



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

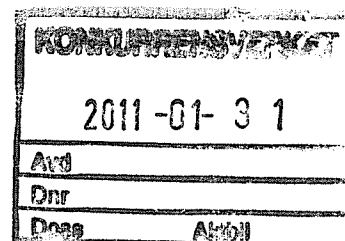
DOM
2011-01-28
Meddelad i
Linköping

Mål nr
9291-10
Rotel 8

SÖKANDE

Vikbolands Taxi 160 000 AB, 556467-0288
Importgatan 20
602 28 Norrköping

Ombud: Advokat Eva-Maj Mühlenbock
Jur.kand. Mikael Engström
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm



MOTPART

Fjärde storstadsregionens kommunalförbund
Upphandlingscenter
601 81 Norrköping

Ombud: Advokat Kristian Pedersen
Jur.kand. Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Bolagets ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 16 november 2010 upphör
därmed att gälla.

Dok.Id 33768

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 10 00
E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Fjärde storstadsregionens kommunalförbund (Upphandlingscenter) genomför en upphandling avseende samhällsbetalda resor med spec. -fordon och storbilar, dnr UH-10-33. Upphandlingen har genomförts genom ett öppet förfarande. Upphandlingscenter har den 5 november 2010 fattat ett tilldelningsbeslut där annan leverantör än Vikbolands Taxi 160 000 AB har antagits.

Vikbolands Taxi 160 000 AB (Bolaget) ansöker om överprövning av tilldelningsbeslutet i den del som avser paket tre (3) storbilar och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits, innebärande att kvalificering av bolaget sker med bortseende från upptagningen av kommunens egen referens, varvid Bolagets anbud ska utvärderas och Bolaget tilldelas kontrakt samt i andra hand att upphandlingen ska avbrytas och göras om.

Upphandlingscenter bestrider i första hand Bolagets förstahandsyrkande om rättelse samt andrahandsyrkandet om att upphandlingen ska göras om, och yrkar för egen del att Bolagets ansökan om överprövning ska avslås.

Förvaltningsrätten beslutade den 16 november 2010 att Upphandlingscenter inte får avsluta upphandlingen, såvitt avser paket tre (3) storbilar, innan rätten beslutat något annat.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Lagrum m.m.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska 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.

Av 10 kap. 2 § p. 4 framgår att en leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta.

Av 11 kap. 1 § LOU framgår att innan kontrakt tilldelas enligt 12 kap. ska den upphandlande myndigheten kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits enligt 10 kap. 1 och 2 §§.

Av 11 kap. 10 § LOU framgår följande. Om den upphandlande myndigheten har ställt krav på en leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet ska denna kontrolleras och bedömas enligt 11 och 12 §§.

Enligt 11 kap. 13 § LOU får, vid bedömningen av en leverantörs förmåga att fullgöra ett varukontrakt som innefattar monterings- eller installationsarbeten, tjänster eller byggtreprenad, särskild vikt fästas vid yrkeskunskande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet.

I 16 kap. 2 § LOU stadgas att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Relevanta avsnitt i förfrågningsunderlaget

Av *Anbudsformulär*, Samhällsbetalda resor med spec. –fordon, stor- och personbilar, framgår bl.a. följande under punkten 3. 2, Krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet samt yrkeskunskande. För att styrka den tekniska och

yrkesmässiga kapacitet samt det yrkeskunnande som krävs för att tillgodose Beställarens behov enligt de förutsättningar som framgår av förfrågningsunderlaget (se särskilda förutsättningar och krav) ska anbudsgivaren i Formulär för referensuppdrag (se bilaga) redovisa två (2) fullgjorda referensuppdrag samt ange de uppgifter som i övrigt framgår av formuläret. – Referenserna ska avse pågående eller genomförda uppdrag av motsvarande karaktär som det förevarande (min 2 fordon/år som utför eller utfört samhällsbetalda resor; min 1 000 000 kr/år), vilka fullgjorts kontraktsevenligt. Med samhällsbetalda resor avses färdtjänstresor, skolskjutsar eller handikappresor. De åberopade referenserna ska vara från två olika uppdragsgivare. – Referensuppdragen ska ej vara äldre än tre (3) år räknat från sista anbudsdag. – Nystartade företag ska redovisa sin tekniska förmåga och kapacitet samt yrkeskunnande genom att lämna referenser på motsvarande sätt för a) Företagsledningen (VD och/eller styrelsen), eller b) Personer som i arbetsledande befattning kommer att delta i utförandet av den offereerade tjänsten. – Beställaren kommer att kontrollera att åberopade referensuppdrag fullgjorts. Sådan kontroll kommer att ske genom att formuläret för referensuppdrag skickas till åberopade referenser. Om en av referenserna vid denna kontroll anger att anbudsgivaren i mer än två (2) avseenden inte fullgjort referensuppdraget kontraktsevenligt anses anbudsgivaren inte ha fullgjort det åberopade referensuppdraget. Anbudsgivaren kommer då inte att anses kvalificerad för utvärdering, se avsnitt 8, Upphandlingsföreskrifterna. – Har anbudsgivaren pågående eller genomfört uppdrag av motsvarande karaktär åt Norrköpings kommun kommer kommunen att lägga det eller de uppdragen till grund för ovanstående referenskontroll.

Av *Formulär för referensuppdrag* framgår bl.a. att frågorna som referenten ska besvara avser hur företaget fullgjort tidigare uppdrag beträffande följande faktorer med ja eller nej.

1. Fordonens utrustning såsom bälten, huvudstöd, ramp/lift, handtag, kontrastmärkning m.m.
2. Fordonens tekniska kommunikationslösning för mottagande av uppdrag samt rapportering av att uppdraget är utfört.
3. Tillgängliga avtalade fordon enligt schematid
4. Punktlighet och tidspassning
5. Administration och uppdateringar av transportliggare och förardagbok
6. Förarutbildningar
7. Kundnöjdhet, dvs. sammantaget intryck av prestationen

Parternas argumentation

Bolaget har i ansökan anfört bl.a. följande. Upphandlingscenter genomförde under våren 2010 en upphandling av motsvarande föremål och innehåll som den nu aktuella, i vilken Bolaget lämnade anbud. I det tillämpade förfrågningsunderlaget, som i allt väsentligt korresponderar med det nu aktuella, uppställdes ett krav om referenser som till ordalydelsen är identiskt med aktuellt krav i punkt 3.2. Den 18 juni 2010 meddelade Upphandlingscenter tilldelningsbeslut varvid Bolaget förklarades diskvalificerat eftersom en referens angivit att Bolaget i mer än två avseende inte fullgjort uppdraget. Även i detta fall var fråga om att kommunen lagt ett av Bolaget utfört uppdrag åt kommunen till grund för referenskontrollen och därmed ansett Bolaget brista i sin fullgörelse. De av Bolaget lämnade referenserna lämnade emellertid - liksom i nu aktuell upphandling - omdömen som på samtliga punkter styrkte att Bolaget hade utfört kontraktsevenliga prestationer. Bolaget ansökte om överprövning av tilldelningsbeslutet hos Förvaltningsrätten i Linköping och yrkade att upphandlingen skulle göras om på grund av att referenskravet stod i strid med 1 kap. 9 § LOU och de däri återgivna unionsrättsliga principerna om bl.a. likabehandling och proportionalitet. I dom den 22 oktober 2010 avslog förvaltningsrätten Bolagets ansökan om

överprövning med hänsyn till att Bolaget offererat sådana priser som inneburit att Bolaget inte skulle ha tilldelats kontraktet ens om dess anbud hade utvärderats. Vid detta förhållande ansåg förvaltningsrätten det inte visat att Bolaget hade lidit eller kunde komma att lida skada. Förvaltningsrätten prövade emellertid målet i sak och fann följande avseende nu aktuellt referenskrav. "Förvaltningsrätten finner att det är tillåtet att använda sig av egna referenser vid en prövning i kvalificeringsfasen av anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet samt yrkeskunnande. Förvaltningsrätten finner dock att kravet i förfrågningsunderlaget avseende referenser utformats på ett sätt som medför att kommunens egna referenser tillmäts oproportionerligt stor betydelse till nackdel enbart för de anbudsgivare som utfört eller utför uppdrag åt kommunen. Det kan därvid antas att sannolikheten är mycket låg för att andra anbudsgivare skulle åberopa referenser från uppdrag där detta inte fullgjorts kontraktsevenligt i två avseenden. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att den i 1 kap. 9 § LOU omnämnda proportionalitetsprincipen åsidosatts." På samma sätt som konstateras vid förvaltningsrättens tidigare prövning får kravets tillämpning i praktiken till följd att Bolaget, enkom i dess egenskap av uppdragstagare åt kommunen, missgynnas i förhållande till övriga anbudsgivare i Upphandlingen. Den betydelse som kommunens egen referens tillmäts vid kvalificeringen är följaktligen oproportionerligt stor till nackdel enbart för Bolaget och innebär därvid ett åsidosättande av såväl proportionalitetsprincipen som likabehandlingsprincipen. Därutöver finner Bolaget högst anmärkningsvärt det förhållandet att Upphandlingscenter – trots det som förvaltningsrätten tidigare konstaterat – fortsatt att på samma sätt tillämpa kravet i nu aktuell upphandling och ånyo lagt kommunens egen referens till grund för förkastande av Bolagets anbud. Kommunens påståenden i sig att Bolaget i fyra av sju avseenden inte utfört godkända prestationer bestrids av Bolaget. Då tillämpningen av referensupptagningen står i strid med såväl proportionalitetsprincipen som likabehandlingsprincipen kan bristande uppfyllelse av detta krav inte utgöra grund för att förkasta Bolagets anbud.

Bolaget har lämnat två sådana i punkt 3.2 efterfrågade referenser som styrker att Bolaget har utfört kontraktsevenliga prestationer och följaktligen med god marginal innehar den tekniska och yrkesmässiga kapacitet samt yrkeskunnande som krävet avser. Bolaget ska således rätteligen anses kvalificerat för anbudsutvärdering. Förvaltningsrätten bör följaktligen i enlighet med Bolagets yrkande besluta att Upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits, innebärande att kvalificering av Bolaget sker med bortseende från den mot principerna om proportionalitet och likabehandling stridande upptagningen av kommunens egen referens, varvid Bolagets anbud ska utvärderas och Bolaget tilldelas kontrakt såvitt avser paket tre (3) storbilar. Vid en jämförelse mellan Bolagets anbud och den till tilldelningsbeslutet bilagda upphandlingsrapporten att Bolaget, såvitt avser paket tre (3) storbilar, har lämnat det lägsta priset. Om Bolagets anbud rätteligen hade kvalificerats för utvärdering skulle således Bolaget ha tilldelats kontrakt. Mot bakgrund av detta förhållande får det anses uppenbart att Bolaget har lidit skada på grund av den otillåtna upptagningen av kommunens egen referens.

Upphandlingscenter har i yttrande anfört bl.a. följande. Förfrågningsunderlaget är klart och tydligt utformat och dess innehåll är förenligt med bestämmelserna i LOU. I vart fall är förfrågningsunderlaget så klart och tydligt att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref 50). Bolaget har inte uppfyllt samtliga i Upphandlingen ställda kvalificeringskrav. Upphandlingscenters beslut att förkasta Bolagets anbud är korrekt och den av Bolaget påstådda överträdelsen av LOU föreligger därmed inte. Vidare kan Bolaget inte lida eller riskera att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 2 § LOU, och som krävs för att förvaltningsrätten ska kunna ingripa mot Upphandlingen. Detta eftersom det finns skäl för Upphandlingscenter att på upphandlingsrättsliga grunder utesluta Bolaget från Upphandlingen. Även om skäl för att förkasta anbudet inte förelegat har Upphandlingscenter således i vart fall haft skäl för att utesluta

Bolaget ur Upphandlingen med stöd av bestämmelserna i 10 kap. 2 § första stycket fjärde punkten. Inte ens om en överträdelse av LOU skulle föreligga och Bolaget lidit eller riskerar att lida skada av denna, vilket bestrids, föreligger grund för rättelse på det sätt som Bolaget yrkat. Den korrekta påföljden är att en upphandling ska göras om då bristerna i upphandlingen är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede (RÅ 2005 ref 47). Eftersom de av Bolaget påstådda överträdelserna huvudsakligen är hänförliga till kvalificeringskraven och därmed förfrågningsunderlagets utformning kan de, om förvaltningsrätten anser att de föreligger, inte åtgärdas genom en rättelse, och Bolagets förstahandsyrkande kan därför under inga omständigheter bifallas. För det fall förvaltningsrätten mot Upphandlingscenters bestridande skulle finna skäl att ingripa mot Upphandlingen, ska förvaltningsrätten istället förordna att Upphandlingen ska göras om. De kvalificeringskrav som använts i Upphandlingen är förenliga med bestämmelserna i LOU. Upphandlingscenter hänvisar i detta sammanhang till s. 334 i Hentze & Sylvéns lagkommentar till den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, och det där refererade uttalandet från Nämnden för offentlig upphandling (NOU), tidigare tillsynsmyndighet för offentlig upphandling. Uttalandet gällde bruk av egna referenser vid en upphandling av terapeuter (se NOU info, mars -98, s. 15 ff), varvid NOU anförde följande. "Såvitt NOU förstår föreligger inget principiellt hinder mot att använda egen erfarenhet eller kännedom om anbudsgivare, men det personliga omdömet måste bygga på saklig grund och innehålla substantiell kritik gällande resultatet av tidigare genomfört uppdrag eller anställning, i detta fall terapi för barn, ungdomar och deras familjer. En tvist eller personlig motsättning som uppkommit av att anbudsgivaren i ett tidigare uppdrag inte uppfyllt sina åligganden, borde dock kunna påverka valet av leverantör lika väl som om en sådan uppgift erhållits via en referens. Självfallet bör en sådan uppgift inte ligga för långt tillbaka i tiden och i övrigt vara relevant för den senare upphandlingen. Likaså måste uppgiften rimligen vara av inte oväsentlig betydelse (proportionalitetsprincipen) och ha

samband med den upphandlande tjänsten, i detta fall anbudsgivarens formella och praktiska förmåga att utföra barn- och familjeterapi i enlighet med förfrågningsunderlagets krav. Att leverantören brustit i avtalade förpliktelser borde normalt kunna läggas leverantören till last. Har å andra sidan parterna olika uppfattningar om t.ex. avtalets innehåll torde detta inte utan vidare diskvalificera anbudsgivaren." Upphandlingscenter åberopar även Kammarrättens i Göteborg dom den 1 juni 2009 i mål nr 788-09, vilket rörde en upphandlande enhet som hade lagt egna referenser till grund för leverantörskvalificeringen. Kammarrätten uttalade i domen bl.a. följande. "Enligt kammarrättens mening är det möjligt för en upphandlande enhet att använda sig av egna referenser vid en prövning i kvalificeringsfasen av anbudsgivares ekonomiska och finansiella ställning samt tekniska kapacitet och förmåga. En sådan referenstagning måste dock ske på ett objektivt sätt så att inte de grundläggande principerna om likabehandling och transparens träds för när." Det står således klart att kammarrätten ansåg att det inte finns något generellt hinder mot att egna referenser används för kvalificering av anbudsgivare. Kammarrätten fann dock att referenstagningen i det aktuella fallet stred mot upphandlingslagstiftningen av följande anledning. "I förevarande upphandling har Gatubolaget oemotsagt uppgett att bolaget aldrig utfört arbete åt Uddevalla kommun och att kommunen därmed inte har några egna referenser att bedöma. Då kommunen inte på något sätt har bemött denna omständighet får Gatubolagets uttalande tas för gott. Enligt kammarrättens uppfattning kan det inte anses vara i enlighet med LUF eller de EG-rättsliga principerna att en upphandlande enhet lägger egna referenser till grund för bedömningen huruvida en anbudsgivare kvalificerat sig i ett anbudsförfarande, då den upphandlande enheten inte har någon tidigare erfarenhet av anbudsgivaren att basera sin bedömning på. Av det som anförts följer således att såväl NOU som Kammarrätten i Göteborg ansett att egna referenser får användas vid leverantörskvalificeringen, förutsatt att referenstagningen sker på ett likabehandlande och transparent sätt, att uppgiften i fråga inte är av oväsentlig betydelse, dvs.

proportionerlig, och har samband med det som upphandlas. I sammanhanget kan också noteras att detsamma framgår av Förvaltningsrättens i Linköping dom den 22 oktober 2010 i mål nr 5732-10. I förevarande fall har Upphandlingscenter i förfrågningsunderlaget tydligt angett under vilka förutsättningar och hur Norrköpings kommuns egna referenser skulle komma att användas. De erfarenheter som Upphandlingscenter har lagt till grund vid referenstagningen är i allra högsta grad relevanta för Upphandlingen och bygger på Norrköpings kommuns erfarenheter av uppdrag vars genomförande fortfarande pågår, dvs. erfarenheter som är högaktuella. Vid referenstagningen har framkommit att Bolaget inte har fullgjort tidigare uppdrag och att Bolaget därför inte uppfyllt kvalificeringskraven avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet samt yrkeskunnande. Att Bolaget tidigare grovt har misskött uppdrag för Norrköpings kommun kan knappast anses vara en sådan omständighet vars beaktande är oproportionerligt, särskilt inte mot bakgrund av Upphandlingens karaktär och vikten av att de aktuella uppdragen genomförs på ett korrekt sätt. Förfrågningsunderlagets utformning såväl som dess tillämpning har därför varit förenlig med principerna i 1 kap. 9 § LOU. Vidare vill Upphandlingscenter för det fall förvaltningsrätten, mot Upphandlingscenters bestridande, skulle finna att förfrågningsunderlaget har brister med avseende på referenstagningen framhålla att Regeringsrätten i RÅ 2002 ref 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas, under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när. Detta har även bekräftats i ett flertal efterföljande domar, exempelvis så sent som den 23 mars 2010 av Kammarrätten i Stockholm, i mål nr 419-10, i vilket kammarrätten uttalade följande. ”Även om förfrågningsunderlaget i denna del uppvisar brister i utformningen, kan bristerna enligt kammarrättens mening inte anses vara sådana att LOU eller principerna om förutsägbarhet, transparens eller likabehandling träts för när på ett sådant sätt att ett ingripande med stöd av LOU vore motiverat.” Efter-

som Upphandlingscenters förfrågningsunderlag i vart fall är så tydligt utformat att de grundläggande principerna inte träds för när saknas skäl för förvaltningsrätten att bifalla Bolagets ansökan om överprövning. Förvaltningsrätten är inte bunden av sin dom eller de ställningstaganden som gjordes i domskälen i mål 5732-10. Detta bl.a. eftersom allmän förvaltningsdomstol i mål om överprövning enligt LOU ska tillämpa officialprincipen med försiktighet, och som huvudprincip endast ska grunda avgöranden på de omständigheter som parterna anfört (RÅ 2009 ref 69). Samma eller likartade frågeställningar kan därför komma att bedömas olika i olika mål. Om inte Upphandlingscenter skulle tillåtas att i samband med leverantörskvalificeringen beakta egna referenser, dvs. egna tidigare erfarenheten av en anbudsgivare, skulle möjligheten att beakta egna referenser överhuvudtaget inte kunna utnyttjas. Upphandlingscenter frågar sig hur egna referenser skulle kunna beaktas om det inte görs på det sätt som Upphandlingscenter gjort i upphandlingen. Slutsatsen att de kvalificeringskrav som Upphandlingscenter ställt och den referenstagning som Upphandlingscenter gjort inte skulle vara tillåten skulle, enligt Upphandlingscenters mening, strida mot vad som i såväl kammarrättspraxis och uttalanden från tillsynsmyndigheten som i förvaltningsrättens egen dom fastslagits om möjligheterna att använda egna referenser. Upphandlingscenter vill också framhålla att det ligger i sakens natur, när egna referenser beaktas, att bedömningen av en anbudsgivares tekniska och yrkesmässiga kapacitet samt yrkeskunskande kan komma att baseras på andra referenser än de referenser som anbudsgivaren själv åberopat, vilket kan medföra att anbudsgivaren inte bedöms uppfylla kvalificeringskraven. Detta är dock i sig inget märkligt, eller något som strider mot LOU eller de grundläggande principerna, utan en följd av att den upphandlande myndigheten har rätt att beakta egna erfarenheter. Det motsatta synsättet, dvs. att endast referenser som en anbudsgivare själv åberopat eller skulle ha kunnat tänka sig att åberopa får tillmätas betydelse, skulle som nämnts ovan leda till slutsatsen att egna referenser aldrig skulle kunna beaktas, vilket skulle strida mot vad som fastslagits

i såväl kammarrättspraxis och uttalanden från tillsynsmyndigheten som i förvaltningsrättens egen dom. I sammanhanget bör dock också framhållas att en upphandlande myndighets användning av egna referenser inte nödvändigtvis behöver innebära att en anbudsgivare inte bedöms uppfylla kvalificeringskraven. Tvärtom kan en bedömning baserad på myndighetens egna referenser lika gärna vara något positivt för en anbudsgivare, dvs. något som innebär att anbudsgivaren anses uppfylla kvalificeringskraven. En förutsättning för att egna referenser ska kunna beaktas är dock att detta sker i enlighet med de grundläggande principerna. Den modell för referenstagning som Upphandlingscenter har använt är objektiv, tydlig och förutsebar. Samma formulär med samma referensfrågor som används i förhållande till externa referenser används för egna referenser. Modellen innebär därför att egna referenser tillmäts samma betydelse som de referenser som anbudsgivaren åberopat. Vidare kan konstateras att modellen inte innebär att anbudsgivare som tidigare utfört uppdrag för Norrköpings kommun generellt sett har en nackdel av detta, utan att det endast är i de fall då en anbudsgivare tidigare inte fullgjort uppdrag korrekt som det kan läggas anbudsgivaren till last. Bolaget har under tidigare uppdrag grovt misskött fullgörandet av gällande avtal. Denna misskötsel, exempelvis bristfällig utrustning (bl.a. en så grundläggande utrustning som korrekta bälten) samt kommunikationslösning för bekräftande och rapportering av uppdrag, är av sådan natur, att dessa utgör allvarliga fel i yrkesutövningen. Enligt 10 kap. 2 § första stycket fjärde punkten LOU får en upphandlande myndighet utesluta en leverantör från att delta i en upphandling om leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Det allvarliga felet behöver inte ha resulterat i någon lagakraftvunnen dom utan det räcker, för att uteslutning ska kunna ske, att den upphandlande myndigheten kan visa att leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel. Kammarrätten i Jönköping fann i dom den 9 juni 2009 i mål 4211-08 att en upphandlande myndighets uteslutning av en anbudsgivare i en upphandling av skolskjutsar, med hänvisning till allvarligt fel i yrkesutövningen, var

förenlig med LOU. I målet var fråga om en leverantör som under tidigare uppdrag hade lämnat felaktiga uppgifter om de sträckor som hade legat till grund för skolskjutsgruppens debitering, vilket hade lett till kraftig överdebitering för anbudsgivaren. Kammarrätten fann emellertid, trots att tvisten inte avgjorts i domstol, att den metod för beräkning av körsträckor som anbudsgivaren sade sig ha tillämpat stred mot det tillämpliga avtalet och att anbudsgivaren därmed gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Den upphandlande myndigheten hade därför enligt 10 kap. 2 § första stycket p. 4 LOU haft grund för att utesluta anbudsgivaren ur den aktuella upphandlingen. Det är därmed klarlagt att vissa upprepade fel vid tidigare utförda uppdrag kan läggas till grund för uteslutning ur en senare upphandling. Eftersom de avsteg som Bolaget gjort från tidigare avtal med Norrköpings kommun är så allvarliga, måste Bolaget anses ha gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen. Eftersom skäl föreligger för att utesluta Bolaget ur upphandlingen skulle Bolaget således inte, ens för det fall Upphandlingscenters beslut att förkasta Bolagets anbud skulle vara felaktigt, vilket bestrids, kunna lida eller riskera att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 2 § LOU.

Bolaget har i genmäle anfört bl.a. följande. Grunden för Bolagets talan är inte att förfrågningsunderlaget är oklart och otydligt utformat. Det förhållandet att ett förfrågningsunderlag är så klart och tydligt utformat att det måhända inte står i strid med transparensprincipen, på så sätt som Kammarrätten i Stockholm fann i av Upphandlingscenter åberopad dom i mål nr 419-10, saknar betydelse för frågan huruvida tillämpningen av detsamma står i strid med proportionalitets- och likabehandlingsprinciperna. Det är denna fråga, dvs. om de två sistnämnda principerna träts för när eller ej som är den i nu aktuellt mål enskilt avgörande frågan. Förvaltningsrätten har genom dom i mål nr 5732-10 konstaterat att det sätt på vilket Upphandlingscenter utformat och tillämpat kravet om referenser står i strid med 1 kap. 9 § LOU och den däri inrymda proportionalitetsprincipen. Förvalt-

ningsrätten har därvid gjort en bedömning av kravet om referenser som står i överensstämmelse med det sätt som anvisats av den tidigare tillsynsmyndigheten för offentlig upphandling (NOU) som i ett yttrande (dnr 2005/0088-29) uttalat följande beträffande proportionalitetsprincipens tillämpning: "Av EU-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning av om proportionalitetsprincipen åsidosatts ska genomföras som en "strukturerad avvägning" mellan motstående intressen. Bedömningen består av tre steg, varav det andra är det som framträder tydligast i domstolens praxis. För det första ska en bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. EU-domstolen har i skilda sammanhang uttalat att reglerna ska tolkas i "funktionella termer", dvs. det är den praktiska tillämpningen och åtgärdens effekter vid den enskilda upphandlingen som ska bedömas." Något principiellt hinder mot användande av egna referenser vid kvalificering av anbudsgivare har förvaltningsrätten inte uppställt. Istället är det i enlighet med NOU:s uttalande ovan, den praktiska tillämpningen av kravet och dess effekter i det enskilda fallet som förvaltningsrätten har bedömt, och funnit stå i strid med proportionalitetsprincipen. Förvaltningsrättens konstaterande är således, i motsats till vad Upphandlingscenter påstår, helt i överensstämmelse med av Upphandlingscenter åberopade kammarrättspraxis och uttalanden från NOU, varav framgår att upptagning av egna referenser endast får göras om de grundläggande principerna om bl.a. proportionalitet och likabehandling inte träds för när. Det är vare sig förvaltningsrättens eller Bolagets uppgift att anvisa Upphandlingscenter hur de bör gå tillväga för att genomföra en referensupptagning som inte strider mot LOU. Det kan dock noteras att det torde finnas ett flertal sätt för Upp-

handlingscenter att nyttja möjligheten att beakta egna referenser som, i förhållande till det i målet aktuella, är både mindre ingripande och bättre säkerställer prövningens objektivitet. Här kan bl.a. erinras om NOU:s anmodan, i ett tillsynsärende (dnr 108/96-26), att en upphandlingsansvarig som har en personlig uppfattning om en anbudsgivare, positiv eller negativ, för objektivitetens skull bör jämföra sin uppfattning med referenternas. En sådan jämförelse har i praktiken inte gjorts möjlig i Upphandlingscenters referensupptagning, då bolagets två referenser – som båda i deras helhet motsäger kommunens uppfattning – i det ena fallet överhuvudtaget inte gjorts del av prövningsunderlaget och i det andra fallet inte tillmätts någon som helst betydelse. Eftersom sannolikheten är försvinnande liten för att andra anbudsgivare skulle åberopa referenser som i två av sju avseenden underkänner anbudsgivarens tidigare prestationer, har Upphandlingscenter bort utforma och tillämpa kravet om referenser på sätt som kompenserar för denna skillnad i förutsättningarna för anbudsgivning och säkerställer att kommunens egen referens inte får oproportionerligt stor betydelse till nackdel för bolaget. Bolaget har lämnat två sådana i punkt 3.2 efterfrågade referenser som styrker att bolaget har utfört kontraktensliga prestationer och följaktligen med god marginal innehar den tekniska och yrkesmässiga kapacitet samt yrkeskunnande som kravet avser. Mot detta har Upphandlingscenter, genom skrivelse från Norrköpings kommun den 21 april 2010 anfört ett antal omständigheter som påstås utgöra väsentliga avtalsbrott och i den egenskapen visar att bolaget inte uppfyller kravet ifråga. Det kan noteras att samma skrivelse åberopades i mål nr 5732-10. De påstående som görs i skrivelsen den 21 april 2010 bestrids och har även tidigare, i det ärende till vilket skrivelsen är hänförlig, i alla delar bestridits av Bolaget och dess ombud. Genom Upphandlingscenters hänvisning till skrivelsen den 21 april 2010 står klart att Upphandlingscenter har lagt tvistiga omständigheter hänförliga till annat ärende till grund för sin diskvalificering av Bolaget i nu aktuell upphandling. Bolaget får i denna del hänvisa särskilt till det av Upphandlingscenter återgivna uttalandet från NOU (NOU

info, mars-98 s. 16), vilket lyder enligt följande: ”Att leverantören brustit i avtalade förpliktelser borde normalt kunna läggas leverantören till last. Har å andra sidan parterna olika uppfattning om t.ex. avtalets innehåll torde detta inte utan vidare diskvalificera anbudsgivaren.” Som framgår av bifogad svarsskrivelse från bolaget råder mellan parterna olika uppfattningar om hur det för skrivelsen relevanta avtalet ska tolkas, innebärande att frågorna är tvistiga. Fram till dess att tvisten är avgjord inom eller utom rätta är Upphandlingscenter förhindrat att utan vidare diskvalificera på så sätt som nu skett i upphandlingen. I målet är ostridigt att Upphandlingscenter inte har uteslutit Bolaget inom ramen för den uteslutningsprövning som ska ske enligt anbudsformuläret och 10 kap. LOU. Av tilldelningsbeslutet framgår att Upphandlingscenter diskvalificerat Bolaget inom ramen för den lämplighetskontroll som därpå sker enligt 11 kap. LOU. Av tilldelningsbeslutet framgår inte annat än att Bolaget uppfyllt de formella kraven i anbudsformuläret punkt 3.1. Den invändning som Upphandlingscenter gjort om att Upphandlingscenter, först vid vad som får antas vara en förnyad genomgång, skulle ha funnit att Bolaget inte uppfyller de formella kraven i anbudsformulärets punkt 3.1. och att Bolaget därför inte kan lida skada, kan inte prövas inom ramen för förevarande mål. Bolaget får här hänvisa till Kammarrätten i Stockholms dom den 19 november 2010 i mål nr 5929-10. Att Upphandlingscenter i den uteslutningsprövning som gjorts skulle ha funnit att Bolaget gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen, men av oklar anledning inte verkställt uteslutning på grund därav utan istället låtit pröva Bolagets lämplighet, framstår därutöver som högst anmärkningsvärt och kan svårigen uppfattas som annat än en efterhandskonstruktion. Bolaget får för ordningens skull bestrida att Bolaget skulle ha gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen. Då Upphandlingscenter i sitt yttrande särskilt tagit upp frågan om bristfällig bältesutrustning, kan därutöver noteras att t.o.m. den sakkunnige som kommunen själv anlitat, i utredning genomförd av Säker Trafik Sverige AB (del av NTF-organisationen), bekräftat att fordonen utrustats med trepunktsbälten i en-

lighet med avtalskraven därom. Med hänsyn till att de omständigheter som anges i kommunens skrivelse av den 21 april 2010 är av sådan tvistig art som enligt NOU inte utan vidare kan diskvalificera en anbudsgivare, kan dessa omständigheter knappast anses utgöra grund för uteslutning av samma anbudsgivare på grund av allvarligt fel i yrkesutövning. Det bestrids att de av Bolaget påstådda överträdelserna skulle vara hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet. Det är endast Bolaget som kommit att påverkas på sätt som anförts av Upphandlingscenters utformning och tillämpning av kravet. Det kan inte rimligen antas vare sig att andra anbudsgivare har avstått från att lämna anbud i upphandlingen på grund av kravets utformning och sedermera tillämpning, eller att fler anbudsgivare skulle lämna anbud för det fall att Upphandlingscenter, vid en ny upphandling, skulle bortse från egna referenser. Förvaltningsrätten bör därför förordna om den för parterna minst ingripande åtgärden, vilket i detta fall är rättelse på sätt som i första hand yrkats av Bolaget. Det kan därutöver noteras att Upphandlingscenter valt att inte i någon del efterkomma förvaltningsrättens tidigare avgörande, och att Bolaget genom nu aktuell upphandling diskvalificerats på samma otillåtna grund två gånger i följd. För Bolagets del framstår det därför som uppenbart att Upphandlingscenter har för avsikt att teckna kontrakt med annan anbudsgivare än Bolaget. Det saknas därvid anledning att tro annat än att Bolaget, vid ytterligare en upphandling om samma föremål, återigen skulle missgynnas. Det förhållandet att Upphandlingscenter nu särskilt yrkat att upphandlingen, vid bifall till Bolagets talan, ska göras om styrker endast denna uppfattning.

Upphandlingscenter har i genmäle anförts bl.a. följande. Upphandlingscenter vidhåller att slutsatsen att de kvalificeringskrav som Upphandlingscenter ställt och den referenstagning som Upphandlingscenter gjort inte skulle vara tillåten skulle strida mot vad som i såväl kammarrättspraxis och i uttalanden från tillsynsmyndigheten som i förvaltningsrättens egen tidigare dom fastslagits om möjligheterna att använda egna referenser. Vidare bör

framhållas att en referenstagning av just det slag som Upphandlingscenter har genomfört i rättspraxis har ansetts förenlig med LOU. Upphandlingscenter vill i sammanhanget särskilt uppmärksamma förvaltningsrätten på Kammarrättens i Göteborg domar den 18 november 2010 i mål nr 2504-10 och mål nr 2505-10. I dessa mål hade den upphandlande myndigheten beaktat egna referenser på ett sätt som i allt väsentligt överensstämmer med det sätt som Upphandlingscenter använt egna referenser på i Upphandlingen. I de upphandlingar som var föremål för kammarrättens prövning hade referenspersonerna, på samma sätt som i Upphandlingen, fått svara på ett antal på förhand fastställda frågor vilka skulle poängsättas med poängen 1 till 5, där varje poäng motsvarade en bedömning som grundade sig på hur referenspersonerna uppfattat leverantörens insats. I förfrågningsunderlaget i de aktuella upphandlingarna angavs att om leverantören haft tidigare uppdrag för den upphandlande myndigheten skulle dessa redovisas som en av tre begärda referenser, oavsett om det var en positiv eller negativ referens. Precis som i Upphandlingen kunde anbudsgivarna i de aktuella upphandlingarna inte själva fritt disponera över vilka referenser som den upphandlande myndigheten lade till grund för bedömningen i de fall då anbudsgivarna tidigare utfört uppdrag åt den upphandlande myndigheten. Den leverantör som ansökte om överprövning i de aktuella målen anförde att förfarandet gav den upphandlande myndigheten möjlighet att godtyckligt styra upphandlingen och därmed ett oacceptabelt stort utrymme för skönsmässig bedömning. Förvaltningsrätten fann dock att förfarandet inte stred mot LOU och avslog därför ansökningarna. Kammarrätten fann sammanfattningsvis att leverantörens överklaganden skulle avslås. Den modell för referenstagning som Upphandlingscenter har använt, och som framgår av upphandlingsföreskrifterna, anbudsformuläret och formuläret för referensuppdrag är objektiv, tydlig och förutsebar. Kravet avseende referenser är varken godtyckligt eller uppenbart osakligt och kravet är därför tillåtet enligt LOU (jfr. Regeringsrättens dom den 18 oktober 2010 i mål nr 7957-09). Av handlingarna framgår vad Upphandlingscenter skulle

komma att tillmäta betydelse vid referensupptagningen samt hur detta skulle komma att beaktas. I upphandlingen har två referenser efterfrågats och det har angetts att egna referenser avseende uppdrag av motsvarande karaktär som utförts åt Norrköpings kommun skulle komma att läggas till grund för referenskontrollen i tillägg till de övriga två referenserna. Om en referens anger att anbudsgivaren i mer än två avseenden inte fullgjort uppdraget ifråga, anses anbudsgivaren inte kvalificerad avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet. Anbudsgivarna, däribland Bolaget, har alltså haft möjlighet att kunna förutse vad som skulle komma att bedömas. Samma formulär med samma referensfrågor som använts i förhållande till externa referenser har använts för egna referenser. Modellen innebär att egna referenser tillmätts samma, dvs. varken mer eller mindre, betydelse än de referenser som anbudsgivarna åberopat. Bolaget har därför inte blivit otillbörligt poängsatt och Upphandlingscenter har inte heller i övrigt gjort sig skyldigt till något som skulle kunna motivera ett ingripande enligt LOU. Upphandlingscenter vill också särskilt framhålla att den använda metoden för beaktande av egna referenser är proportionerlig. Detta eftersom referensstagningen har tillämpats på ett sätt som är effektivt och lämpligt för att kunna ta hänsyn till anbudsgivarnas tekniska och yrkesmässiga kapacitet, är nödvändig för att kunna bedöma densamma och inte få överdrivet negativ effekt jämfört med det eftersträvade syftet, dvs. att identifiera leverantörer med tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet, och detta gäller naturligtvis oberoende av om det rör sig om en extern eller en egen referens. Tvärtom framgår av det uttalande från NOU som båda parter åberopat i målet att även en personlig motsättning som uppkommit av att anbudsgivaren i ett tidigare uppdrag inte uppfyllt sina åligganden får beaktas så länge den bygger på saklig grund och innehåller substantiell kritik gällande resultatet av tidigare genomfört uppdrag. Det säger sig också självt att referenser i praktiken överhuvudtaget inte skulle kunna användas i samband med upphandling om alla eventuella negativa omdömen om en anbudsgivare skulle behöva ha fastställts av domstol för att kunna beaktas. Istället är det,

som framgår av ovan åberopade kammarrättsdomar, tillräckligt att referenstagningen sker objektivt. Vidare framgår också av det uttalande från NOU som båda parter åberopat i målet att den omständigheten att leverantören har brustit i avtalade förpliktelser normalt kan läggas leverantören till last. Bolaget har grovt misskött tidigare uppdrag för Norrköpings kommun och därmed brustit i avtalade förpliktelser. Det som anförs om att Bolaget skulle ha uppfyllt avtalsvillkoren avseende bältesutrustning är också felaktigt och bestrids därför. Den omständigheten att Upphandlingscenter inte uteslutit Bolaget ur Upphandlingen, trots att så rätteligen borde ha skett, saknar betydelse för förvaltningsrättens skadevärdering. Det väsentliga är att Bolaget de facto hade kunnat uteslutas och således rätteligen inte skulle kunna tilldelas kontrakt i Upphandlingen. Vidare vill Upphandlingscenter framhålla att det av Kammarrättens i Jönköping dom den 9 juni 2009 i mål nr 4211-08 framgår att Bolagets påstående om att de brister som förevarit vid Bolagets utförande av tidigare uppdrag för Norrköpings kommun inte skulle kunna läggas till grund för en uteslutning är felaktigt. Bolaget har anfört att grunden för dess talan inte är att förfrågningsunderlaget och, som det får förstås, metoden för referenstagning är oklart och otydligt utformat. Detta framstår som egendomligt med tanke på att Bolaget på ett flertal ställen i ansökan om överprövning angett att Upphandlingscenters krav avseende referenser är utformat på ett sätt som strider mot LOU och de grundläggande principerna. I ansökan om överprövning har Bolaget inte endast gjort gällande att Upphandlingscenter tillämpat kravet avseende referenser felaktigt, utan även att kravet i sig är felaktigt utformat. Upphandlingscenter vill i sammanhanget framhålla att Upphandlingscenter har tillämpat det aktuella kravet på precis det sätt som framgår av förfrågningsunderlaget. I den mån någon överträdelse av LOU föreligger i Upphandlingen, vilket bestrids, består denna således i att det aktuella kravet fått en felaktig utformning. Detta är också den bedömning som gjordes i förvaltningsrättens dom i mål nr 5732-10, en bedömning som Upphandlingscenter dock anser bör utfalla på annat sätt i förevarande mål till följd

av det som Upphandlingscenter anfört i målet. Upphandlingscenter bestri-der därför att det skulle vara möjligt att vidta rättelse för det fall förvalt-ningsrätten skulle finna att Upphandlingscenter brutit mot LOU i Upp-handlingen, något som bestrids. Detta eftersom det är uppenbart att krav i kvalificeringsfasen är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet av en upphandling. Därtill vill Upphandlingscenter framhålla att det inte är tillåtet för en upphandlande myndighet att frånfalla krav eller ändra förut-sättningarna för en upphandling med mindre än att hela upphandlingen görs om. Rättelse på så sätt att Upphandlingscenter väljer att bortse från kravet avseende referenser, eller att tillämpa detta på ett annat sätt än vad som framgår av förfrågningsunderlaget, kan inte ske eftersom detta skulle innebära ett avsteg från förutsättningarna för leverantörskvalificeringen i Upphandlingen. För det fall förvaltningsrätten skulle finna skäl att ingripa mot Upphandlingen ska förvaltningsrätten förordna att Upphandlingen ska göras om (jfr. RÅ 2005 ref 47). I sammanhanget noterar Upphandlingscen-ter att detta är vad Bolaget yrkat i andra hand. Upphandlingscenter vill av-slutningsvis framhålla att Upphandlingscenter naturligtvis alltid efterkom-mer domstolars domar och beslut. Det förtjänar därför att påpekas att för-valtningsrätten i mål nr 5732-10 avslog Bolagets ansökan om överprövning och således inte förelade Upphandlingscenter att vidta någon åtgärd. Bola-gets påstående om att Upphandlingscenter inte efterkommit förvaltnings-rättens tidigare avgörande är således direkt felaktigt.

Bolaget har i genmäle anfört bl.a. följande. Upphandlingscenter har över-trätt principerna om likabehandling och proportionalitet. Bolaget noterar att Upphandlingscenters huvudsakliga invändning alltjämt består i att för-frågningsunderlaget är tydligt. Någon utförligare argumentation om varför kravet om referenser är proportionerligt har Upphandlingscenter inte före-tett. Upphandlingscenter underlåter därmed att i avgörande delar bemöta Bolagets påståenden. Det ska här särskilt observeras att bevisbördan för att ett krav är proportionerligt åvilar den upphandlande myndigheten. Det be-

strids att det utifrån nu åberopade domar (Kammarrättens i Göteborg domar i mål nr 2504-10 och 2505-10) kan dras slutsatsen att Upphandlingscenters referenstagning är tillåtlig. Tvärtom kan det redan inledningsvis konstateras att kammarrättsavgörandena i allt väsentlig endast upprepar den principiella slutsats som dragits i av Upphandlingscenter tidigare åberopad praxis, nämligen att det inte finns något generellt hinder mot användandet av egna referenser så länge de grundläggande principerna inte träds för när. Det är vidare inte korrekt, som Upphandlingscenter påstår, att den referensupptagning som prövades i nu åberopade domar är av ”just det slag som Upphandlingscenter har genomfört”. Tvärtom föreligger mellan dessa referensupptagningar tre avgörande skillnader. För det första anförde klaganden i de nu åberopade målen inget annat än att redan det förhållandet att upptagning sker av den upphandlande myndighetens egna referenser står i strid med LOU. Efter att ha upprepat ovan nämnda principiella slutsats konstaterar kammarrätten korrekt att det inte hade framkommit något i övrigt som kunde medföra ett ingripande enligt LOU i denna del. Kammarrätten prövade således överhuvudtaget inte referenskravets förenlighet med proportionalitetsprincipen. För det andra hade klaganden i de nu åberopade målen inga som helst invändningar att anföra i sak mot de omdömen som den upphandlande myndighetens egen referens gav klaganden. Bolaget har emellertid klart bestridit att Upphandlingscenter haft skäl att underkänna Bolaget i aktuellt hänseende och företett ett flertal förhållanden som visar att de omständigheter som utgjort underlag för Upphandlingscenters bedömning är tvistiga och har sin grund i parternas olika uppfattningar om visst avtalsinnehåll. I en sådan situation ska, enligt tidigare åberopat uttalande från NOU, en anbudsgivare inte utan vidare diskvalificeras. För det tredje utgjorde referensupptagningen i de nu åberopade målen ett kriterium hänförligt till utvärderingsfasen, i motsats till, som i nu aktuellt fall, ett krav i kvalificeringsfasen. I målen hade den upphandlande myndigheten uppställt följande tre utvärderingskriterier – kostnad för entreprenaden (viktningsprocent 40 %), organisation för entreprenaden (viktningsprocent

40 %) och referenser (viktningsprocent 20 %). För varje utvärderingskriterium kunde anbudsgivaren erhålla ett antal poäng som därefter viktades i enlighet med ovan. Det anbud med högst samlad totalpoäng skulle sedan antas. För utvärderingskriteriet referenser hade referenterna att svara på ett antal frågor och åsätta varje svar en poäng om 1 till 5. En av tre begärda referenser kunde därvid avse tidigare uppdrag för den upphandlande myndigheten. Det ovan redovisade innebär att den upphandlande myndighetens egen referens endast haft påverkan på den totalpoäng som en redan kvalificerad anbudsgivare kunde erhålla vid anbudsutvärdering. Denna påverkan har därutöver endast motsvarat 6,7 % av sådan totalpoäng. En anbudsgivare som erhållit låga poäng av den upphandlande myndighetens egen referens hade således alla möjligheter att likväl tilldelas kontrakt i upphandlingen. Detta står i direkt kontrast till Upphandlingscenters referensupptagning, där betydelsen av Upphandlingscenters egen referens är helt avgörande för att Bolagets anbud ens ska komma ifråga för utvärdering, och där Bolagets uppgivna referenser överhuvudtaget inte haft någon inverkan. De negativa effekterna i praktiken av de två nu jämförda referensupptagningarna är således fundamentalt olika. I motsats till förhållandet i de åberopade kammarrättsavgörandena har i Upphandlingscenters fall betydelsen av den egna referensen, såsom förvaltningsrätten konstaterat i mål nr 5732-10, varit oproportionerligt stor, till nackdel enbart för den anbudsgivare som utfört uppdrag åt den upphandlande myndigheten. Av det som nu anförts står klart att de av Upphandlingscenter nu åberopade kammarrättsdomarna inte ger något som helst stöd för slutsatsen att Upphandlingscenters referensupptagning är förenligt med LOU och de grundläggande principerna om likabehandling och proportionalitet. Upphandlingscenter gör i sitt påstående ingen som helst åtskillnad mellan externa referenser och den upphandlande myndighetens egen referens. Detta synsätt är inte korrekt. En extern referens har inte att följa LOU och principen om likabehandling. För en upphandlande myndighet gäller emellertid att samtliga dess åtgärder – inbegripet utlåtanden som myndigheten själv gör om en anbudsgivare och

därefter lägger till grund för prövning av densamma – är föremål för nu nämnde regelverk och måste givetvis kunna ifrågasättas för att säkerställa bl.a. att otillbörlig hänsyn inte tagits. Det är också därför som det av Upphandlingscenter åberopad praxis framgår att upptagning av egna referenser endast får ske så länge de grundläggande principerna inte träds för när.

Upphandlingscenters resonemang om att Bolagets talan i visst avseende är ”egendomlig” är svårt att tillägna sig. Bolaget noterar emellertid att Upphandlingscenter förefaller ha uppfattat Bolagets talan korrekt. Som får anses framgå av de avsnitt av Bolagets ansökan om överprövning och tidigare yttrande som Upphandlingscenter hänvisar till, gör Bolaget gällande att det sätt på vilket Upphandlingscenter utformat och tillämpat kravet om referenser står i strid med 1 kap. 9 § LOU och principerna om likabehandling och proportionalitet. Huruvida förfrågningsunderlaget, därutöver, är utformat på sådant otydligt sätt som står i strid med principen om transparens hör – som anförts ovan – inte till målet och är därför inget som Bolaget har någon uppfattning om. Avgörande för frågan om rättelse kan ske är, som Upphandlingscenter riktigt påpekat, huruvida överträdelsen påverkat det konkurrensuppsökande skedet. Att brister avseende skall-krav per definition påverkar den konkurrensuppsökande skedet stämmer emellertid inte. Istället ska en bedömning göras huruvida, för det fall överträdelsen inte skulle ha förelegat, anbudsgivarna hade utformat sina anbud på annat sätt (alternativt avstått från att lämna anbud) eller att andra anbudsgivare hade lämnat anbud. Som Bolaget tidigare anför kan det inte rimligen antas att Upphandlingscenters överträdelse haft någon påverkan på annan än just Bolaget. Det är inte heller korrekt, som Upphandlingscenter påstår, att rättelse på sätt som Bolaget yrkar skulle medföra sådana ändrade förutsättningar i aktuell upphandling att den måste göras om. Frågan om konsekvensen av ett ändrat skall-krav ska, på samma sätt som ovan, bedömas utifrån dess påverkan på förutsättningarna för anbudsgivning. Upphandlingscenters upptagning av egen referens har överhuvudtaget inte påverkat det sätt på vilket anbudsgivarna utformat sina anbud, eftersom Upphandlingscen-

ters egen referens inte utgör en del av anbudsgivarnas anbud. Anbudsgivarna förfogar inte över referensen och disponerar inte heller i övrigt över dess tillämpning. Huruvida Upphandlingscenter tillämpar eller inte tillämpar sin egen referens har givetvis ingen inverkan på det förhållandet att anbudsgivarna alltjämt redovisar två sådana referensuppdrag som kravet fordrar. Det är således fullt möjligt för förvaltningsrätten att förordna om rättelse på sätt som i första hand yrkas av Bolaget. Det är dessutom påkallat att förordna om rättelse då det utgör den för parterna minst ingripande åtgärden.

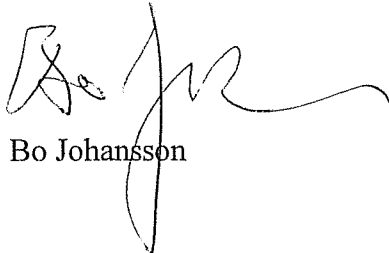
Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Av praxis, en praxis som båda parterna förklarat sig införstådda med, framgår att en upphandlande myndighet kan och får använda egen referenstagning så länge detta framgår av förfrågningsunderlaget och sker på ett objektivt sätt så att de grundläggande principerna bakom lagstiftningen inte träds för när.

I förevarande fall har Upphandlingscenter i förfrågningsunderlaget angett under vilka förutsättningar och hur egna referenser skulle komma att användas. Egna referenser har fått samma referensfrågor som ställts till externa referenser. Den modell Upphandlingscenter har använt har således inte visats vara annat än objektiv, förutsebar och tydlig. Såsom Upphandlingscenter angivit behöver en upphandlande myndighets användning av egna referenser inte nödvändigtvis innebära något för en anbudsgivare negativt utan kan tvärtom innebära att anbudsgivaren därigenom anses uppfylla ställda krav. Det går således inte att hävda att den använda modellen generellt sett innebär att anbudsgivare som tidigare utfört uppdrag för Norrköpings kommun har en nackdel av detta. Med hänsyn härtill kan upphandlingen inte anses stå i strid mot proportionalitets- eller likabehand-

lingsprinciperna. Då Bolaget i övrigt inte visat att förevarande upphandling skulle strida mot LOU kan Bolagets ansökan inte bifallas.

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Bo Johansson', with a long horizontal flourish extending to the right.

Bo Johansson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.