



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

**DOM**

2018-09-19

Meddelad i Stockholm

Mål nr

15233-18

**SÖKANDE**

AB Big Care, 556596-0555

Björnidegränd 4

162 46 Vällingby

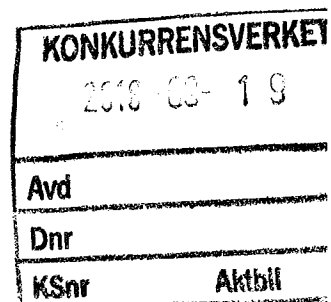
**MOTPART**

Sundbybergs stad

172 92 Sundbyberg

**SAKEN**

Offentlig upphandling



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1016208

<b>Postadress</b>	<b>Besöksadress</b>	<b>Telefon</b>	<b>Telefax</b>	<b>Expeditionstid</b>
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:30
		<b>E-post:</b> <a href="mailto:forvaltningsrattenistockholm@dom.se">forvaltningsrattenistockholm@dom.se</a>		
		<a href="http://www.domstol.se/forvaltningsratt">www.domstol.se/forvaltningsratt</a>		

**YRKANDEN M.M.**

Sundbybergs stad genomför en upphandling av sjuksköterskejour (STN-0258/2018 ref.nr. 2018-104). Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Sista dag att lämna anbud var den 11 juni 2018.

**AB Big Care** (bolaget) yrkar i första hand att upphandlingen ska avbrytas och göras om. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska avslutas endast efter att rättelse har gjorts. Kravet på att ange Sundbybergs stad som referens strider mot likabehandlingsprincipen såväl som den fria konkurrensen och öppenhetsprincipen enligt 4 kap. 1 och 2 §§ LOU. Kravet ger en konkurrensfördel för vissa anbudsgivare och kan komma att missgynna tidigare leverantörer som inte själva får välja referenter. Att ange beställaren som referens enligt kvalificeringskravet kan inte anses vara i enlighet med likabehandlingsprincipen. Valet av referenser måste vara leverantörens utifrån de kriterier som beställaren anger i förfrågningsunderlaget enligt en objektiv bedömning och relevanta riktlinjer. De leverantörer som inte angivit beställaren som referens kan välja helt egna referenser som kan ge högt betyg i referenstagningen. De anbudsgivare som agerat leverantör åt beställaren måste emellertid ange beställaren som referens och kan därmed inte styra över referenstagningen på det sätt som övriga anbudsgivare kan.

Sundbybergs stad använder sin egen bedömning av leverantörer godtyckligt som egen referens i utvärderingsfasen, vilket ger en möjlighet att styra tilldelningen av upphandlingen. Beställaren förbehåller sig därmed rätten att agera referens för de leverantörer som tidigare anlitas för uppdrag. Detta missgynnar leverantörer eftersom en godtycklig bedömning kan göras av beställaren. I förfrågningsunderlaget är även utvärderingen av referenser inte tillförlitlig och strider mot kraven på objektivitet enligt LOU.

Beskrivningen är bristfällig och inte tillförlitlig eftersom den inte beskriver metoder, poängsystem eller andra bedömningskriterier som beställaren avser att använda sig av vid bedömningen av referenserna. Detta ger skäl att ifrågasätta formuleringen och avsikten med att beställaren är referens. Bolaget och övriga anbudsgivare lider skada av felen i förfrågningsunderlaget och de krav som Sundbybergs stad ställer på leverantörerna.

**Sundbybergs stad** anför bl.a. följande. Sundbybergs stad bestrider bolagets yrkanden och anser att ansökan om överprövning ska avslås. Sundbybergs stad har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU. Eftersom ingen överträdelse av LOU föreligger kan inte bolaget lida skada. Sundbybergs stad har rätteligen diskvalificerat bolaget i kvalificeringsskedet. Bolaget påstår att Sundbybergs stad stoppat konkurrensen på marknaden genom att bryta mot likabehandlingsprincipen. Påståendet är felaktigt eftersom samtliga leverantörer på marknaden har fått möjlighet att inkomma med anbud. Att de leverantörer som har haft Sundbybergs stad som beställare tidigare ska ange kommunen som referens hindrar inte någon leverantör från att lämna anbud. Syftet med reglerna i 14 kap. LOU om teknisk och yrkesmässig kapacitet är att anbudsgivaren med hjälp av referenser ska ge en rättvisande bild av hur anbudsgivaren tidigare utfört liknande uppdrag. Syftet med referenser ska inte vara att anbudsgivaren själv ska kunna välja vilken bild som ska visas på marknaden. Har Sundbybergs stad egna erfarenheter av leverantören får dessa beaktas om det står i upphandlingsdokumentet, vilket det gör i krav 2.4 Yrkesmässig kapacitet. Att Sundbybergs stad ska lämnas som en referens ifall leverantören tidigare utfört uppdrag för Sundbybergs stad är ett rimligt och proportionerligt ställt krav för att säkerställa att myndigheten får en rättvis bild av att den leverantör som eventuellt tilldelas kontraktet är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Eftersom bolaget inte uppfyllde kvalificeringskravet 2.4 Yrkesmässig kapacitet, har Sundbybergs stad inte kunnat undersöka hur tidigare uppdrag har utförts. Enligt kvalificeringskravet i upphandlingsdokumentet tilldelas inte anbudsgivaren höga eller låga betyg vid referenstagningen. Anbudsgivaren ska inte själv kunna styra över referensernas åsikter. Kravet ger inte heller någon konkurrensfördel för någon leverantör på marknaden. Samtliga leverantörer ska ange två referenser som ska verifiera att uppdrag utförts. Syftet med skrivningen är att påvisa att leverantörer har genomfört liknande uppdrag enligt avtal i enlighet med 14 kap. 1 § punkten 3 och 5 § LOU och däri angiven ändamålsenlig standard. Bolaget påstår att Sundbybergs stad brutit i beskrivningen av hur poängsättning ska ske av referenserna. Det kommer emellertid inte göras någon poängsättning eftersom kravet är ett kvalificeringskrav.

Bolaget påstår att om bolaget lämnat Sundbybergs stad som referens skulle myndigheten inte utöva referenstagningen på ett objektivet sätt. Det påståendet är inte bara felaktigt, utan står även utan grund. Eftersom bolaget inte lämnade någon referensperson från Sundbybergs stad, och därmed inte uppfyllde ett kvalificeringskrav, har Sundbybergs stads upphandlingsmyndighet inte haft möjlighet att ta reda på om bolaget haft kapacitet till att utföra uppdraget.

Upphandlande myndigheter har rätt att använda sig av tidigare erfarenheter om så anges i upphandlingsdokumenten. Sundbybergs stad har tydligt angivit hur det ska ske. Bolaget har på oklara grunder valt att utelämna kommunen som referensuppdrag. Kravet, såsom det är utformat i upphandlingsdokumentet är tydligt, proportionerligt och enligt LOU:s principer.

**SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET****Tillämpliga bestämmelser m.m.**

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

En upphandling får inte heller utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och den får inte utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt, det framgår av 4 kap. 2 § LOU.

Av 14 kap. 1 § första stycket LOU framgår att en upphandlande myndighet får ställa krav på att leverantören ska vara kvalificerad i vissa avseenden. Enligt punkten tre i samma bestämmelse framgår att kraven endast får avse teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt 5 §. Av 14 kap. 5 § LOU framgår att ett krav enligt 1 § första stycket 3 får 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. Av förarbetena framgår att myndigheten i detta syfte särskilt får kräva att leverantören visar att de har tillräcklig erfarenhet genom att ge in lämpliga referenser från tidigare fullgjorda kontakt (se prop. 2015/16:195 s. 1095).

Det står en upphandlande myndighet fritt att själv bestämma hur förfrågningsunderlaget i en upphandling ska utformas och myndigheten väljer själv vad som ska tillmätas betydelse, så länge det sker inom ramen för de grundläggande principer som gäller vid offentlig upphandling (jfr RÅ 2010 ref. 78).

**Förvaltningsrättens bedömning**

Frågan i målet är om Sundbybergs stads kvalificeringskrav om referenser strider mot bestämmelserna i LOU.

Sundbybergs stad har i förfrågningsunderlag ställt ett kvalificeringskrav angående yrkesmässig kapacitet enligt 14 kap. 1 § första stycket 3 LOU. Av kravet framgår att leverantören ska ha utfört uppdrag liknande det som är föremål för upphandlingen såväl avseende omfång som innehåll. Som bevis för det ska leverantören uppge två referenser från två olika externa kunder med uppdrag utförda under de senaste tre åren. För de leverantörer som utfört uppdrag för Sundbybergs stads räkning under den angivna tidsperioden ska en av referenserna vara Sundbybergs stad.

Den bakomliggande tanken med att referenser ska lämnas vid anbud är att referenserna ska ge en rättvisande och objektiv bild av hur leverantören tidigare har utfört liknande uppdrag. Tanken med referenser kan inte anses vara att leverantören själv ska kunna välja vilken bild av dem som ska visas (se Kamrarrätten i Göteborgs dom den 18 november 2010, mål nr 2504-10).

Det är även möjligt för en upphandlande myndighet att använda sig av egna referenser vid en prövning i kvalificeringsfasen av leverantörernas tekniska och yrkesmässiga kapacitet. En sådan referenstagnung måste ske på ett objektivt sätt så att de grundläggande principerna inte överträds (se Kamrarrätten i Stockholms dom den 8 mars 2018 mål nr 9-18).

Förvaltningsrätten finner att alla leverantörer som tidigare har utfört uppdrag åt Sundbybergs stad respektive de leverantörer som inte tidigare har utfört uppdrag åt kommunen, har behandlats lika i upphandlingen. Av EU-domstolens praxis framgår att likabehandlingsprincipen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas

lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (se bl.a. EU-domstolens dom den 3 mars 2005 i förenade målen C-21/03 och C-34/03 p. 27).

Förvaltningsrätten anser även att kravet på att anbudsgivare ska lämna Sundbybergs stad som referens i de fall anbudsgivaren tidigare har utfört uppdrag åt kommunen av samma omfattning och innehåll är ett rimligt och proportionerligt ställt krav. Det har inte heller framkommit annat än att referenstagningen skett på ett objektivet sätt. Bolaget har inte heller i övrigt anfört något som visat att Sundbybergs stads tillämpning av kravet på användande av egen referens har inneburit något överträdande av bestämmelserna i LOU.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att de omständigheter som bolaget anfört inte visar att Sundbybergs stad har brutit mot bestämmelserna i LOU. Något skäl till ingripande mot upphandlingen föreligger därför inte. Mot bakgrund av detta föranleder det bolaget anfört angående utvärdering av referenserna ingen åtgärd av domstolen. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

#### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Katerina Petkovska  
Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Linn Sandmark har föredragit målet.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

### Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

### Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

*Forts. nästa sida*



## Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

## Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

