



SÖKANDE

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

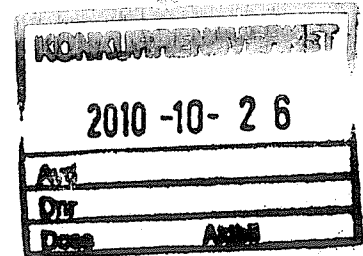
MOTPART

Fjärde storstadsregionens kommunalförbund
Upphandlingscenter
601 81 Norrköping

Ombud: Advokaten 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 överklagandet.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 28 juni 2010 upphör därmed
att gälla.

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 18 juni 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 och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten beslutade den 28 juni 2010 att Upphandlingscenter inte får avsluta upphandlingen innan rätten beslutat något annat.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Lagtext 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 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 byggentreprenad, särskild vikt fästas vid yrkeskunande, 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.

Om den upphandlande enheten tidigare själv upphandlat från en leverantör som deltar i en senare kvalificering måste, enligt vår uppfattning, rimligen enhetens egna erfarenheter få vägas in, i vart fall om enheten begärt referenser från tidigare leveranser till den offentliga eller privata sektorn. Det är emellertid viktigt att vid en sådan bedömning subjektiva värderingar från enskilda tjänstemän så långt det är möjligt inte får avgörande betydelse. Vidare är det viktigt, som vid varje granskning av referenser, att ta hänsyn till tidsförskjutningar mellan den tidigare leveransen och den nya kvalificeringen. En leverantör kan under mellantiden t.ex. ha skaffat ny ledning, ny nyckelpersonal, omorganiserats, fått ny ägare m.m. NOU har i nyhetsbrev uppgivit: "Enligt NOU har frågan uppkommit i vad mån en upphandlande enhet äger rätt att vid en anbudsutvärdering ta hänsyn till det förhållandet att en anbudsgivare befinner sig i tvist med enheten beträffande vad som avtalats i ett tidigare upphandlingskontrakt. Enligt NOU:s mening kan generellt sett enbart det förhållandet att den upphandlande enheten och anbudsgivaren befinner sig i tvist angående en tidigare upphandling inte berättiga enheten att förkasta anbudet. Ett visst utrymme för hänsyn till sådant förhållande bör emellertid rimligen anses föreligga i sådana situationer då det i upphandlingen finns två eller fler helt likvärdiga anbud, om tvisten och därmed sammanhängande osämja bedöms kunna försvåra

samarbetet i den efterföljande leveransen. Kommer tvisten av att leverantören i det tidigare uppdraget inte uppfyllt sina åligganden, torde detta kunna läggas till grund för beslut lika väl som en sådan uppgift erhållits via en referens. Självfallet bör inte en sådan uppgift ligga för långt bak i tiden och i övrigt vara relevant för den senare upphandlingen. Likaså måste uppgiften rimligen vara av inte oväsentlig betydelse (proportionalitetsprincipen). Att leverantören brustit i avtalade förpliktelser eller medvetet eller av vårdslöshet fakturerat för högt belopp borde kunna läggas leverantören till last. Har å andra sidan parterna olika uppfattningar om priset, på grund av att avtalet är otydligt och ger utrymme för olika tolkningar på denna punkt, torde detta inte diskvalificera anbudsgivaren.” (Sammanställningen NOU info 96, s. 50.) [se Margaretha Hentze och Hans Sylvén, *Offentlig upphandling, Lagkommentaren*, 1998, s. 131f]. – I ett ärende hos NOU (dnr 1 66/96-26) angående en upphandling av terapeuter hävdar NOU att det inte föreligger något principiellt hinder mot att använda egen erfarenhet eller kännedom om anbudsgivare, men att det personliga omdömet måste ha en saklig grund. Självfallet bör denna erfarenhet inte ligga för långt bakåt i tiden och i övrigt vara relevant för den nya upphandlingen. Likaså måste erfarenheten vara av inte oväsentlig (proportionalitetsprincipen) och ha samband med den upphandlande tjänsten. Tidigare negativa erfarenheter kan inte för all framtid läggas en anbudsgivare till last. En upphandlingsansvarig som har en personlig uppfattning om en anbudsgivare, positiv eller negativ, bör för objektivitetens skull jämföra sin uppfattning med referenternas (a.a.,s. 334f.).

Relevanta avsnitt i förfrågningsunderlaget

Av *Anbudsformlär*, Samhällsbetalda resor med spec. -fordon och storbilar, framgår bl.a. följande under punkten 3. 2, Krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet samt yrkeskunnande. För att styrka den tekniska och yrkesmässiga kapacitet samt det yrkeskunnande som krävs för att tillgodose beställa-

rens 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 offererade 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 anför i huvudsak följande. Upphandlingscenter har i sitt förfrågningsunderlag under punkten 3. 2 ställt krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet samt yrkeskunnande. Detta ska styrkas genom att anbudsgivaren ska redovisa två fullgjorda referensuppdrag samt ange de uppgifter som framgår av referensformulär. Om en av referenserna anser att anbudsgivaren i mer än två avseenden inte har fullgjort referensuppdraget kontraktss enligt anses anbudsgivaren inte ha fullgjort det åberopade referensuppdraget. Upphandlingscenter har vidare i förfrågningsunderlaget under punkten 3. 2 angivit att ”har anbudsgivaren pågående eller genomför uppdrag åt Norrköpings kommun kommer kommunen att lägga det eller de uppdragen till grund för ovanstående referenskontroll”. – *Bolaget* har lämnat två referenser i enlighet med angivet krav. Dessa referenser uppfyller kraven till 100 procent. *Bolaget* har även två avtal med Norrköpings kommun som enligt Upphandlingscenter ska läggas till grund för referenskontrollen. *Bolaget* har drivit trafik åt kommunen sedan år 1989. Upphandlingscenter har av den anledningen gjort en egen ”referenskontroll” som enligt Upphandlingscenter visar sådana brister att *bolaget* inte har kvalificerat sig. Det uppställda referenskravet strider mot LOU och de gemenskapsrättsliga

principerna, framförallt likabehandling och transparens. Bolag som har avtal med Norrköpings kommun kommer att få minst tre referensuppdrag granskade, vilka samtliga måste uppfylla kraven medan övriga anbudsgivare enbart behöver lämna två referensuppdrag. Därutöver har övriga leverantörer möjlighet att själva välja vilka referensuppdrag som ska åberopas, vilket inte anbudsgivare som har utfört uppdrag åt Norrköpings kommun kan göra. Detta innebär att de leverantörer som vunnit upphandlingen mycket väl kan ha utfört uppdrag för beställare som i någon del inte varit helt nöjda med leveransen. Dessa bolag har dock enligt förutsättningarna i förfrågningsunderlaget möjlighet att inte ange dessa beställare som referens. Istället väljer anbudsgivarna givetvis att ange två referenser som är mycket nöjda med anbudsgivaren. Någon sådan möjlighet finns inte för leverantörer som har Norrköpings kommun som beställare. – Bolaget bestrider härutöver att det inte skulle ha fullgjort uppdragen för Norrköpings kommun på ett kontraktensligt sätt. Det har förekommit olika avtalstvister mellan Upphandlingscenter och bolaget, dock finns inte några avsteg från aktuella avtal. Genom att hänvisa till egna referenser på sätt som skett får Upphandlingscenter en fri prövningsrätt vid valet av leverantör. Det är härutöver samma person som har skrivit bolagets referensintyg som ingår i referensgruppen för anbudsprövningen i upphandlingen. Den aktuella upphandlingen rör ett betydande belopp. Att bolaget riskerar att lida skada är mot denna bakgrund uppenbar.

Upphandlingscenter anför i huvudsak följande. Det i upphandlingen uppställda referenskravet är inte ett otillåtet kvalificeringskrav som medför en fri prövningsrätt. Av LOU framgår att ifrågavarande typ av kvalificeringskrav är tillåtna. I 11 kap. 10 § LOU anges att den upphandlande myndigheten får ställa krav på en leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet och att den då ska kontrolleras och bedömas enligt 11 och 12 § §. Av 13 § samma lag framgår att vid bedömningen av en leverantörs förmåga att fullgöra ett kontrakt som innefattar tjänster får särskild vikt fästas vid yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet. Bolaget uppfyller

inte kvalificeringskravet då det på ett inte oväsentligt sätt misskött ett pågående avtal med kommunen. Även om förvaltningsrätten skulle komma fram till att bolaget uppfyller ifrågavarande kvalificeringskrav så kommer bolaget i alla fall inte i åtnjutande av ett kontrakt på grund av att offererat anbudspris är för högt. – Bolag som har avtal med Norrköpings kommun får inte minst tre referensuppdrag granskade. Samtliga anbudsgivare får i enlighet med vad som framgår av förfrågningsunderlaget två referensuppdrag granskade. – Upphandlingscenter bifogar en skrivelse från Norrköpings kommun, KTN 20/2009 055, av vilken det framgår att kommunen anser att bolaget verkställer ett redan ingånget avtal i strid med upphandlade avtalsvillkor, en kopia på pågående avtal med kommunen samt ett antal skrivelser alla hänförliga till kommunens och bolagets tvist i det redan ingångna avtalet. Vidare bifogas en fiktiv anbudsprissammanställning .

Bolaget har i gemmäle anfört bl.a. följande. Enligt Upphandlingscenter är skälet till att bolaget inte uppfyller kvalificeringskravet hänförligt till de omständigheter som framhålls genom bifogad skrivelse från Norrköpings kommun. Skrivelsen är konstruerad av Upphandlingscenter och har i alla delar bestridits av bolaget samt dess advokat Björn Ahlberg. Upphandlingscenter har lagt tvistiga omständigheter hänförliga till ett annat avtal som bolaget har med Upphandlingscenter till grund för sin kvalificering av bolaget i förevarande upphandling. Det råder olika uppfattningar avseende hur avtalet ska tolkas, innebärande att frågorna är tvistiga och därmed ska avgöras inom ramen för ett domstolsförfarande. Till dess tvisten är avgjord i domstol har Upphandlingscenter inte rätt att använda sina egna synpunkter och tyckande i nämnda avseende inom ramen för en anbudsqualificering. Upphandlingscenter använder sig av samma typ av kvalificeringskrav i andra aktuella upphandlingar, varför bolagets anbud med Upphandlingscenters otillåtna fria prövningsrätt återigen kommer att förkastas i dessa kommande upphandlingar. Detta är ett uppenbart avsteg från de grundläggande principer som upprätthåller LOU och kan inte tillåtas varken i denna eller kommande upphandlingar. Att bolaget lider eller kan komma att lida

skada på grund av Upphandlingscenters agerande är mot denna bakgrund uppenbar. – Bolaget bifogar en skrivelse från advokaten Björn Ahlberg till Norrköpings kommun, av vilken det framgår att bolaget bestrider att det brutit mot parternas pågående avtal. Vidare bifogas ett anbudsformulär avseende en annan upphandling från Upphandlingscenter av vilken det framgår att samma typ av kvalificeringskrav gäller i denna upphandling.

Upphandlingscenter har i genmäle anfört bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget framgår tydligt under vilka förutsättningar och hur egna referenser kommer att användas. De egna erfarenheter som Upphandlingscenter har lagt till grund vid referenstagningen är i allra högsta grad relevant för upphandlingen och bygger på erfarenheter av uppdrag vars genomförande fortfarande pågår, dvs. erfarenheter som är högaktuella, jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 1 juni 2009 i mål nr 788-09. För beaktande av egna referenser uppställs inget krav på att de tidigare erfarenheterna ska ha utmynnat i en lagakraftvunnen dom. Förfarandet har därför varit förenligt med principerna 1 kap. 9 § LOU. – I RÅ 2002 ref. 50 anförde Regeringsrätten att de skiftande förhållandena 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 gemenskapsrätten inte träds för när. Detta har även bekräftats i ett flertal efterföljande domar, t.ex. Kammarrättens i Stockholm dom den 23 mars 2010 i mål nr 419-10. – Bolaget kan inte ens för det fall beslutet att förkasta bolagets anbud skulle vara felaktigt kunna lida eller riskera att lida skada i den mening som avses 16 kap. 2 § LOU. Att det förhåller sig på detta sätt framgår tydligt av nämnda lagrum, av vilket framgår att kravet på en överträdelse av bestämmelserna i LOU och kravet på att leverantören ska ha lidit, eller riskerar att lida, skada är kumulativa. Detta har även bekräftats av rättspraxis vid ett flertal fall, t.ex. Kammarrättens i Göteborg dom den 22 januari 2010 i mål nr 4278-09, Kammarrättens i Göteborg dom den 9 september 2009 i mål nr 2681-09 samt Kammarrättens i Jönköping dom den 30 juli 2009 i mål nr 1687-09. – Det står således

klart att en leverantör måste kunna visa att han har lidit, eller åtminstone riskerar att lida, skada till följd av en upphandlande myndighets agerande i strid med LOU, för att ingripande ska kunna ske. Om leverantören, även om den påstådda överträdelsen inte skulle ha ägt rum, inte skulle ha kunnat vinna upphandlingen, kan leverantören varken lida eller riskera att lida skada ens för det fall det skulle föreligga en överträdelse av LOU. – Det finns även skäl att på upphandlingsrättsliga grunder utesluta bolaget från upphandlingen med stöd av bestämmelserna i 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU eftersom bolaget under tidigare uppdrag grovt misskött fullgörandet av gällande avtal. Dessa fel, exempelvis bristfällig utrustning samt kommunikationslösning för bekräftande och rapportering av uppdrag, är av sådan allvarlig karaktär att dessa utgör allvarliga fel i yrkesutövningen. Vissa upprepade fel vid tidigare utförda uppdrag kan läggas till grund för uteslutning ur en senare upphandling, jfr Kammarrättens i Jönköping dom den 9 juni 2009 i mål nr 4211-08.

Bolaget har anfört följande. Det är ostridigt att utvärderingen av egna referenser har skett genom enskild tjänsteman och att densamma har uteslutit bolaget genom egna och personliga referenser. Den dubbla rollen som referent och "utvärderare" föranleder bolaget att ifrågasätta om jäv föreligger. Av NOU:s uttalande framgår bland annat att "det personliga omdömet måste bygga på saklig grund och innehålla substantiell kritik gällande resultat av tidigare genomfört uppdrag". – Bolaget utför en stor mängd transporter åt Upphandlingscenter, cirka 1000 uppdrag per dag. Bolaget har inte haft kontakt med Upphandlingscenter sedan ett rutinmöte den 29 juni 2010 gällande aktuellt avtal. Någon kritik avseende att bolaget skulle utföra ett bristfälligt arbete för Upphandlingscenter framfördes inte. Utöver ovan nämnda utför bolaget kontinuerliga kvalitetskontroller. Årligen utföres en egen kvalitetskontroll för att hitta eventuella brister i bolagets uppdrag. Innevarande år deltog företaget Samres AB vid kvalitetskontrollen. Samres AB är det företag som innehar entreprenaden avseende driften av Upphandlingscenters "beställningscentral". – Upphandlingscenter genomförde

dessutom nyligen en direktupphandling "specialresa en taxibil 2010", där bolaget erbjöds att delta. Att Upphandlingscenters "förlängda arm" Samres AB ger bolaget ett bra betyg samtidigt som bolaget erbjuds att delta i direktupphandlingar kan knappast ge sådana signaler såsom angetts i Upphandlingscenters yttrande. Utöver detta kan nämnas att när bolaget ställde en direkt fråga till Upphandlingscenters representant i referensgruppen angående varför bolaget har fått betyget underkänt i aktuell upphandling fick bolaget till svar att det beror på två enskilda trafikhändelser. Dessa trafikhändelser är dock motstridiga. Det är således uppenbart att Upphandlingscenters egna referenser inte bygger på saklig grund och innehåller inte den substantiella kritik som kan förväntas av en upphandlande myndighet. Att diskvalificera bolaget för två enskilda uppdrag kan knappast vara proportionerligt. Bolagets anbud har blivit uteslutet av Upphandlingscenter redan i kvalificeringsfasen på felaktiga och oproportionerliga grunder och anbudet har därmed inte utvärderats.

Upphandlingscenter har i genmäle bl.a. anfört följande. Bedömningen av kvalificeringskraven i upphandlingen har inte skett godtyckligt. Det är inte ostridigt att kvalificeringsprövningen av bolaget har gjorts av en enskild tjänsteman som skulle ha lagt sin egen personliga uppfattning till grund för bedömningen av bolaget. Inte heller har den enskilda tjänstemannen haft dubbla roller i utvärderingen. Tjänstemannen i fråga har endast agerat som företrädare för Norrköpings kommun och dess samlade uppfattning om bolaget baserat på tidigare erfarenheter. Den kritik som Norrköpings kommun riktat mot bolaget är högst befogad och vilar på saklig grund.— Vad avser den information som bolaget fått från Samres AB, har bolaget själv inhämtat informationen i fråga genom att under semestern ta kontakt med Samres AB och ställa allmänna frågor om hur Samres AB anser att bolaget sköter sitt uppdrag. Det är uppenbart att denna information har inhämtats i syfte att samla bevis avseende den avtalstvist som pågår.

Bolaget anför följande. Upphandlingscenters påstående att syftet med bolagets frågeställningar till Samres AB har varit att samla bevis mot ifrågasvarande upphandling är direkt felaktigt. Syftet med frågeställningar till Samres AB är ett led i att höja bolagets kvalité och är en återkommande åtgärd som bolaget gör. Samres AB har i gällande aktuellt uppdrag, vilket är föremål för referenskontrollen i upphandlingen, fullständig insyn beträffande hur bolaget utfört sina uppgifter. – Bolaget har gjort en jämförelse mellan Upphandlingscenters och Samres AB:s uppgifter enligt ”Formulär för referensuppdrag”. Av denna framgår följande. Vad gäller fordons utrustning har totalt gjorts två fordons kontroller under avtalsperioden, dels av Säker Trafik Sverige AB, dels av Samres AB. Båda dessa kontroller är godkända. På denna punkt har Upphandlingscenter gett bolaget betyget ej godkänd.– Vad gäller fordonens tekniska kommunikationslösning framgår att denna är och har varit Halda system som uppfyller samtliga avtalskrav och intyganden. Lösningen är vidare godkänd av både datasystemägaren Malmator och Samres AB. På denna punkt har Upphandlingscenter gett bolaget betyget ej godkänd. – Vad gäller tillgängliga avtalade fordon enligt schematid framgår att det är allt igenom företaget Samres AB som kontrollerar att det finns avtalade fordon tillgängliga. Samres AB har inget att anmärka på tillgängliga fordon och anger dessutom att bolaget “för det mesta” ställer upp med fler fordon än vad som är avtalat. På denna punkt har Upphandlingscenter gett bolaget betyget ej godkänd. – Under administration och uppdateringar av transportliggare och förardagbok framgår att denna kontrolleras av Samres AB som inte har något att anmärka mot bolagets hantering av transportliggaren. Dessutom är kraven beträffande transportliggaren mycket högre ställda än vad Upphandlingscenter har rätt till enligt gällande transportörsavtal. Upphandlingscenter har gett bolaget betyget ej godkänd. – Under förarutbildningar framgår att dessa utförs av Samres AB. På denna punkt har Upphandlingscenter gett bolaget betyget godkänd. – Under kundnöjdhet framgår att kontrollen utförs av Samres AB

och Upphandlingscenter. – På denna punkt har Upphandlingscenter gett bolaget betyget godkänt.

Det är således uppenbart att bolaget inte har gjort något fel, vare sig upphandlingsrättsligt eller faktiskt, varför Upphandlingscenters påstående inte kan ligga till grund för de egna referenserna. Referenserna får oproportionerlig stor makt i ifrågavarande upphandling. – Bolaget åberopar dom av den 24 januari 2008 i mål nr C-532/06, Lianakis.

Upphandlingscenter har anfört följande. Samres AB:s uttalanden avseende bolagets prestationer kan inte jämföras med Upphandlingscenters samlade intryck av bolagets utförande av samtliga uppdrag. Norrköpings kommun har under en period av två år kallat bolaget till olika möten på grund av uppenbara brister. Norrköpings kommun har även vid flertalet skrivelser till bolaget anmärkt på bolagets sätt att utföra sitt uppdrag. Vad avser den av bolaget åberopade domen från EG-domstolen har anbudsgivarens erfarenhet inte utvärderats som ett led i anbudsutvärderingen.

Av handlingarna i målet framgår bl.a. följande. Bolaget har lämnat in två referenser; ett från AB Östgötatrafiken och ett från Kalmar Läns Trafik. Båda dessa bolag har kryssat i ja – prestationen är godkänd/kontraktsenlig, på samtliga punkter. Vidare framgår att Norrköpings kommun som uppdragsgivare kryssat i att prestationen inte är godkänd/kontraktsenlig på punkterna 1, 2, 3, och 5. Vid punkt 7 har kommunen tillagt att resenärerna i stort är nöjda, men att Norrköpings kommun som kund inte är nöjd.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten prövar först om Upphandlingscenter förfarit felaktigt på sätt bolaget påstår. För det fall fel konstateras prövas därefter om det finns förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU.

Två eller tre referenser

I förevarande upphandling har Upphandlingscenter i sitt förfrågningsunderlag angivit att anbudsgivaren ska redovisa två fullgjorda referensuppdrag. Vidare anges att om anbudsgivaren har pågående eller genomfört uppdrag av motsvarande karaktär åt Norrköpings kommun kommer kommunen att lägga det eller de uppdragen till grund för sin referenskontroll.

Bolaget har anfört att de som har pågående eller genomfört uppdrag av motsvarande karaktär åt Norrköpings kommun kommer att få minst tre referensuppdrag granskade, vilka samtliga måste uppfylla kraven medan övriga endast får två uppdrag granskade. Upphandlingscenter har angett att samtliga anbudsgivare får två referensuppdrag granskade. Förvaltningsrätten finner att ska-kravet såsom det är utformat i förfrågningsunderlaget ska tolkas som att det är två referensuppdrag som blir granskade oavsett om referensgivaren är kommunen eller inte. Upphandlingscenter har därmed inte brutit mot likabehandlingsprincipen på så sätt som bolaget menar.

Egna referenser

Nästa fråga förvaltningsrätten har att ta ställning till är om Upphandlingscenter brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap 9 § LOU när Upphandlingscenter under kvalificeringsfasen har beaktat egna referenser och utifrån dessa förkastat bolagets anbud.

En upphandlande enhet får 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 (jfr Kammarättens i Göteborg dom från den 1 juni 2009 i mål nr 788-09).

En av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU är principen om proportionalitet. Denna innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören än vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Ett anbud kan bli förkastat redan i kvalificeringsfasen om en av referenserna anger att anbudsgivaren i mer än två avseenden inte fullgjort referensuppdraget kontraktsevenligt. Det är i sju avseenden som referenserna ska ges och samtliga sju punkter viktas lika. Anbudsgivarna ska inkomma med två referenser på utförda uppdrag. Har anbudsgivaren pågående eller genomfört uppdrag för kommunen kommer kommunen att lägga det eller de uppdragen till grund för referenskontrollen. I motsvarande mån ska bortses från de av anbudsgivaren lämnade referens.

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.

Sammanblandning av kriterier


Bolaget har anfört att det ifrågavarande ska-kravet även blir ett utvärderingskriterium vilket är i strid med det ovan åberopade avgörandet från EG-domstolen.

Av *Formulär för referensuppdrag* framgår att vid referensupptagningen har ställts fråga vad avser kundnöjdhet. Enligt rättspraxis ska referensuppgifter i kvalificeringsfasen syfta till att fastställa att en anbudsgivare har tillräcklig förmåga och kapacitet till att genomföra kontraktet. En sammanblandning har således gjorts i förevarande fall mellan kvalificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen. Oaktat detta otillåtna kriterium skulle bolaget inte ha kvalificerat sig eftersom Norrköpings kommun uppgett att bolaget i fyra avseenden inte fullgjort referensuppdraget kontraktsevenligt.

Skada

För att åtgärd enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU ska beslutas av rätten krävs, förutom att den upphandlande enheten har brutit mot LOU, att den leverantör som ansöker om överprövning har lidit eller kan komma att lida skada till följd härav (jfr Kammarrättens i Jönköping dom den 17 juni 2009 i mål nr 923-09). Av handlingarna i målet framgår att Upphandlingscenter uppgett att de priser bolaget offererat är så höga att bolaget inte skulle ha tilldelas kontraktet ens om dess anbud utvärderats. Detta har bolaget inte invänt emot. Vid detta förhållande är det inte visat att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada. Vad bolaget anfört om att Upphandlingscenter använder sig av samma typ av kvalificeringskrav i andra aktuella upphandlingar, vilket skulle leda till att bolagets anbud med Upphandlingscenters otillåtna fria prövningsrätt återigen kommer att förkastas i dessa kommande upphandlingar påverkar inte skadebedömningen i nu aktuell upphandling. Det saknas därför skäl att vidta åtgärder enligt 16 kap. 2 § LOU. Överklagandet ska därför avslås.

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


Sarah Svenblad

Föredraganden har varit Angela Wachtmeister.



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 nås 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.