



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 21

DOM

2019-11-14

Meddelad i Stockholm

Mål nr

12213-19

SÖKANDE

ÅF Infrastructure AB, 556185-2103

Frösundaleden 2A

169 99 Stockholm

Ombud: Therese Stånghammar Olofsson

MOTPART

Locum AB, 556438-7909

Box 17201

104 62 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019 11 15	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ÅF Infrastructure AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 1161803

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: avd21.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax

-

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:00

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Locum AB, som ägs av Region Stockholm, genomför en upphandling av ramavtal avseende konsulttjänster inom projektering av VVS (dnr LOC 1808-1389). Upphandlingen genomförs genom selektivt förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Alla leverantörer fick i ett första steg ansöka om att lämna anbud i upphandlingen. De anbudssökanden som kvalificerade sig enligt steg 1 bjöds in till steg 2. I steg 2 bjöds de selekterade anbudssökandena in att lämna anbud. Upphandlingen består av två anbudsområden, anbudsområde 1 och 2. Vid selekteringen i steg 1, som bl.a. omfattat referenstagning, har ÅF Infrastructure AB inte kvalificerats till steg 2 i något av anbudsområdena på grund av att ÅF inte fått tillräckliga poäng vid referenstagningen.

ÅF Infrastructure AB (ÅF) yrkar att upphandlingen ska göras om. ÅF anför bl.a. följande. Locum har brutit mot de upphandlingsrättsliga principerna om proportionalitet, öppenhet och likabehandling i 4 kap. 1 § LOU genom att i ansökningsinbjudan punkten 4.2 *krav på referensprojekt* uppställa en möjlighet för Locum att på ett godtyckligt och icke transparent sätt byta ut referensprojekt i en anbudsgivares anbud utan att ange grunden härför.

I ansökningsinbjudan punkt 4.2 *krav på referensprojekt* anges i stycke sex följande. "Om anbudssökande tidigare har genomfört uppdrag åt Locum, ska minst ett uppdrag användas som referensprojekt om det/de uppfyller kraven. Locum har rätt att byta ut referensprojekt mot Locumprojekt, om anbudssökanden tidigare genomfört uppdrag åt Locum."

ÅF har i sitt anbud angett två referensprojekt för Locum. Dessa två referensprojekt har emellertid, utan ÅF:s kännedom, bytts ut av Locum mot två andra projekt som ÅF har utfört för Locum. Dessa nya och av Locum

angivna referensprojekten tillhörde således de referensprojekt som blev föremål för den efterföljande utvärderingen och selekteringen. Att ÅF:s sammanräknade poäng för vardera anbudsområde understeg 20 poäng var en direkt följd av Locums utbyte av Locum-projekt. Detta eftersom de två nytillkomna Locumprojekten erhöll en avsevärt sämre poäng än övriga referensprojekt i ÅF:s anbud. Poängen för de nya Locum-projekten uppfyllde inte kravet för kvalificering, medan referenter till övriga referensprojekt gav mellan full poäng och 1 poängs avdrag.

Det är för ÅF högst oklart av vilken anledning Locum har valt att byta ut referensprojekten i ÅF:s anbud. Inte heller har Locum angett varför och hur de två nytillkomna referensprojekten har valts ut och lagts till ÅF:s anbud. Locum har valt att byta ut två Locumprojekt där ÅF med största sannolikhet skulle ha erhållit goda betyg, mot två Locumprojekt där det föreligger oenigheter i vissa delar avseende utförandet av projekten. Dessa två projekt har därför, enligt gängse praxis, hänskjutits till ÅF:s försäkringsbolag som för närvarande utreder vilka fel respektive part bär ansvar för. Det kan härtill poängteras att ÅF har utfört ytterligare uppdrag för Locum, och det ter sig mycket oklart vilka överväganden som gjorts då Locum valt ut just dessa två uppdrag. Locum har varken visat eller förklarat hur Locum valde ut det ifrågavarande referensuppdraget, och vilka övriga referensuppdrag som var aktuella. Den bilaga med de av Locum påstådda bristande projekten från ÅF:s sida är enligt ÅF en i många avseenden felaktig sammanställning. Det bör härtill poängteras att alldeles oavsett Locums påståenden om att ÅF haft andra bristande leveranser, så har Locum inte haft rätt att byta ut de av ÅF angivna referensprojekten och referenspersonerna på det sätt som skett.

ÅF påstår inte att ett utbyte och ett användande av egna referenser i sig inte är tillåtet. Problemet uppstår när det inte tydligt framgår hur, varför och på vilka grunder utbytet kan komma att ske. Bestämmelsen i avsnitt 4.2 i ansökningsinbjudan innebär att Locum på ett godtyckligt och icke

transparent sätt, och enligt eget fritt skön, kan byta ut en anbudsgivares referensprojekt. Locum kan således på ett oacceptabelt och oproportionerligt sätt komma att ändra en anbudsgivares anbud utan att ange grunderna härför. Bestämmelsen innebär således att Locum haft möjlighet att självt välja ut vilka Locumprojekt som skulle ingå i ÅF:s anbud, och därmed kunnat påverka upphandlingen och dess utgång. I det förevarande fallet har så skett genom att ÅF har berövats sin rättighet att självt välja ut de Locumprojekt som ÅF anser skulle ha ingått i anbudet. Precis som kammarrätten fastslår i det avgörande som Locum hänvisar till så måste en referenstagning där den upphandlande myndigheten använder sig av egna referenser framgå av förfrågningsunderlaget, och ske på ett objektivet sätt så att de grundläggande principerna inte överträds. Detta är inte uppfyllt i den förevarande upphandlingen.

Locum menar att ordalydelsen av bestämmelsen i avsnitt 4.2 i ansökningsinbjudan är utformad på ett sådant sätt att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör måste ha uppfattat att möjligheten fanns att Locum skulle agera på det sätt som Locum har gjort. Det är ÅF:s bestämda uppfattning att bestämmelsen tvärtom är så pass otydligt utformad att det inte framgår hur utbyte av referensprojekt kan komma att ske, varför utbytet sker och i sådana fall på vilka grunder utbytet sker. Den nuvarande ordalydelsen anger endast *att* utbyte kan ske vilket innebär att bestämmelsen kan tillämpas på ett otillbörligt sätt, exempelvis på det sätt som skett i det förevarande fallet. Med andra ord så medger ordalydelsen att Locum skulle kunna komma att byta ut ett referensprojekt, men ingenstans i bestämmelsen framgår det hur, varför och på vilka grunder. Detta kan en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör omöjligen förutse så som bestämmelsen är utformad. Vidare påstår Locum att ordalydelsen i den förevarande bestämmelsen ger Locum en rätt att byta ut uppdrag och att ÅF måste ha insett detta i kraft av att vara en erfaren anbudssökande. Locum menar vidare att ÅF har accepterat detta eftersom ÅF inte har ställt några

frågor om kravet, och dessutom har lämnat in ett anbud. Detta är felaktigt. Stycke sex i avsnitt 4.2 i ansökningsinbjudan ska i sin helhet förstås så att det syftar till att ge Locum möjlighet att tillse att minst ett referensprojekt är ett projekt som har utförts för Locum, ifall sådant finns och anbudsgivaren inte redan har uppgett detta i sitt anbud. Någon annan tolkning av bestämmelsen, exempelvis Locums tolkning som innebär en oinskränkt och odefinierad rätt för Locum att byta ut referensprojekt på godtyckliga grunder, är otänkbar och skulle strida mot de upphandlingsrättsliga principerna. ÅF har således inte haft anledning att ifrågasätta bestämmelsen, eftersom det inte på förhand varit möjligt att förutse att Locum skulle komma att tillämpa bestämmelsen på ett felaktigt och godtyckligt sätt. ÅF:s utformande av anbudet har inte på något sätt gett anledning för Locum att byta ut referensprojekt, eftersom kravet på att minst två referensprojekt skulle vara utförda för Locum var uppfyllt.

Bestämmelsen innebär vidare att anbudsgivare som inte har utfört uppdrag för Locum tidigare, inte är föremål för ett eventuellt utbyte av referensprojekt. Detta medför att ett anbud som har lämnats in av en anbudsgivare som har utfört ett eller flera tidigare uppdrag åt Locum, kan bli föremål för oklara och oförutsebara förändringar, medan ett anbud som har lämnats in av en anbudsgivare som inte har utfört några tidigare uppdrag åt Locum förblir intakt. Det föreligger således stora skillnader i förutsebarhet mellan anbudsgivarna beroende på om anbudsgivarna haft tidigare uppdrag för Locum eller inte. Bestämmelsen innebär även att olika anbudsgivare faktiskt kan komma att behandlas olika vid tillämpningen av bestämmelsen. Locum menar att Locum har agerat på samma sätt i de fall som varit lika den situation som tillämpats för ÅF. Vad ÅF vet har emellertid ingen annan anbudsgivare fått sina Locumprojekt utbytta mot andra, av Locum utvalda, Locumprojekt.

Vidare framgår det ingenstans att Locum haft en rättighet och möjlighet att

byta ut referenspersoner på det sätt som skett. Det är för ÅF oförståeligt hur bestämmelsen i avsnitt 4.2 i ansökningsinbjudan kan tolkas på detta sätt, och hur Locum kan påstå att Locums agerande följer bestämmelsens ordalydelse och innebörd. Locum anför att ÅF har angivit referenspersoner som är externa konsulter eller som tillhör en från projektavdelningen separat del av Locum, och som därmed inte är en del av Locum. Ingenstans i varken ansökningsinbjudan eller i övrig upphandlingsdokumentation framgår det emellertid något krav på vem referenspersonen ska vara och vad denna person ska ha haft för roll och befattning. ÅF har angett de personer för respektive referensprojekt som har god insyn i respektive projekt, och som på ett detaljerat och riktigt sätt kan återge ÅF:s prestation.

Avseende Locums referenstagning av ÅF:s ursprungliga referenspersoner har detta uppenbarligen skett i efterhand och inte under upphandlingen. ÅF hade haft en förhandskontakt med sina respektive referenspersoner och då fått beskedet att dessa var mycket nöjda med ÅF:s insats i de återgivna referensprojekten.

Genom Locums åsidosättande av LOU har ÅF lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada eftersom ÅF:s konkurrenskraftiga anbud skulle haft god möjlighet att antas om bestämmelsen om möjligheten att byta ut referensprojekt hade följt de upphandlingsrättsliga principerna om proportionalitet, öppenhet och likabehandling.

Locum AB (Locum) bestrider att ÅF:s ansökan om överprövning ska vinna bifall, och anför bl.a. följande. Locum vill påtala att upphandlingen rör två anbudsområden. Avseende anbudsområde 1 har Locum bytt ut det ursprungliga referensuppdraget mot ett nytt referensuppdrag. Locum har valt ut ett av de uppdrag som ÅF har utfört åt Locum och låtit en ansvarig person för det uppdraget svara på referensfrågorna. Detta förfarande har framgått av förfrågningsunderlaget. Uppdraget har valts utan att veta

utgången av referentens svar. Avseende anbudsområde 2 har Locum bytt ut referenspersonen för det ursprungliga referensuppdraget. Locum har identifierat den person som har övergripande insyn i det uppdrag som ÅF utfört åt Locum och låtit den ansvariga personen för det uppdraget svara på referensfrågorna, då den av ÅF angivna personen enligt Locums mening inte hade insyn i projektet på ett sådant sätt att rättvisande betyg kunde sättas. Även detta förfarande omfattas av beskrivningen i förfrågningsunderlaget. Uppdraget och referenten har valts utan att veta utgången av referentens svar. Locum har alltså förfarit på ett objektivet sätt och utan att kringgå de grundläggande principerna.

Locums uppdrag är att förvalta och utveckla de fastigheter Region Stockholm har behov av för sin verksamhet. Locum har ett fastighetsbestånd med ett sammanlagt värde om cirka 31 miljarder kronor. Locum genomför årligen om- och nybyggnationer, under år 2018 för 4,6 miljarder kronor. Den konkreta byggnation som därefter tar vid tar sin utgångspunkt i projekteringen, vilket innebär att projekteringen måste vara korrekt utförd. Det är av yttersta vikt att projektörerna redan från att de kommer in i projektet ser till att det arbete de utför stämmer överens med den projektplan som är framtagen, aktuella styrande dokument som Locum har och med de direktiv som Locums projektledare redovisar. Varje fel, brist eller omtag som behöver göras på grund av att t ex en projektör har gjort fel innebär nästan alltid någon form av fördröjning av projektet och/eller tidsförskjutning. Det är därför av yttersta vikt att den som gör projekteringen är kompetent och hela tiden kvalitetssäkrar arbetet. Av detta följer att det är avgörande för Locum att enbart ha avtal med projektörer som uppfyller högt ställda krav och som dessutom kan visa på detta, t.ex. genom tidigare utförda uppdrag åt Locum eller andra kunder.

Syftet med referenstagning är att få en verklig bild av leverantörens möjligheter att utföra uppdrag åt den upphandlande myndigheten. Syftet

med kravet på att kunna bedöma egna referenser är enkelt. Den upphandlande myndigheten vill kunna ha en egen uppfattning om leverantören i de fall den upphandlande myndigheten har en sådan kännedom. Resultatet kan påverka selekteringen (eller utvärderingen i förekommande fall) på ett positivt sätt eller ett negativt sätt. Denna ordning är sedan många år accepterad i praxis, domstolar har vid ett flertal tillfällen fastställt det tillåtna i att använda egna referenser vid utvärderingen eller prövningen av anbud. Ett av de senare fallen där detta framgår är Kamrarrättens i Stockholm mål nr 9-18.

Som framgår av Locums krav har Locum möjlighet att byta ut referensprojekt mot Locumprojekt, oavsett vad det inskickade referensprojektet avsett. ÅF hade till sitt anbud bifogat två projekt där Locum var uppdragsgivare. ÅF har för dessa projekt angivit referenspersoner som inte är en del av Locum, utan som är extern konsult eller tillhör en från projektavdelningen separat del av Locum. Att åberopa en teknikspecialist på Locum som referensperson blir inte relevant då referensuppgiften ska avse hur projektet genomförts, vilket främst projektledaren har. Locums syfte med att kunna byta ut referensuppdrag mot uppdrag som utförts åt Locum är att säkerställa att de leverantörer som ansöker om att delta i upphandlingen verkligen har utfört uppdrag på ett sätt som kan förväntas utifrån de mycket höga krav på utförandet, som är Locums behov. När en anbudssökande, ÅF, lämnar ett uppdrag som visserligen utförts åt Locum, men där Locum inte har möjligheten att göra denna bedömning eftersom annan referensperson är angiven, har Locum valt att byta ut projektet mot ett annat projekt som Locum kan bedöma med egen personal eller mot annan referensperson som faktiskt har insyn i hur leveransen som helhet har genomförts. ÅF har genom skrivningarna i upphandlingen haft kännedom om att Locum vill bedöma de projekt som tidigare genomförts åt Locum. Trots detta anger ÅF projekt som inte kommer att bedömas av Locum, utan av extern konsult.

Detta är en risk som ÅF måste bära själva och som inte innebär något brott mot de grundläggande principerna i LOU, eller någon annan regel.

De projekt som Locum har bytt till, är inte valda för att Locum i förväg haft kännedom om brister i just dessa projekt och har inte valts för att "straffa" ÅF. Uppdraget har valts ut som ett av flera möjliga och utan att på förhand veta utfallet av referenstagningen. En kontroll i efterhand har dock givit vid handen att ÅF utfört avsevärt fler uppdrag för Locum som utförts på undermåligt sätt. Att det vid referenstagningen visar sig att ÅF inte nått upp till en tillfredsställande nivå är därmed inte en engångsföreteelse. Även om Locum skulle ha valt ett annat referensuppdrag hade ÅF fått ett betyg som motsvarar ÅF:s leverans även i de andra projekten. ÅF har även anmärkt på att Locum bytt ut referensprojekt utfört åt Locum. Även om Locum bytt ut det referensprojekt som utförts åt annan, vilket ÅF själva anger skulle ha varit acceptabelt, hade resultatet blivit detsamma, d.v.s. bedömningen av det uppdrag som gällt ett av Locums egna projekt skulle ha resulterat i att ÅF inte valts ut.

Kravet på referensprojekt i punkten 4.2 är utformat på ett sådant sätt att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör måste ha uppfattat att möjligheten fanns att Locum skulle agera på det sätt man gjorde. Locum har agerat enligt ordalydelsen i kravet, som ger Locum en rätt att byta ut uppdrag. ÅF måste ha insett detta i kraft av att vara en erfaren anbudssökande och har accepterat detta genom att inte ställa några frågor om kravet och att lämna in ett anbud. Det av Locum uppställda kravet har tillämpats lika för samtliga anbudssökande. I de fall som varit lika den situation som tillämpats för ÅF, har Locum agerat på samma sätt. Det uppställda kravet uppfyller därmed likabehandlingsprincipen. Exempelvis har en anbudssökande fått referenspersoner utbyta på samma grunder som i ÅF:s ansökan avseende anbudsområde 2. De av anbudssökanden angivna referenspersonerna byttes ut mot av Locum valda egna referenspersoner. Att

Locum har rätt att ställa höga krav på t.ex. utförda uppdrags kvalitet utifrån proportionalitetsprincipen torde, mot bakgrund av projekterings roll och konsekvenser, vara ostridigt.

ÅF har i sina yttranden hävdade att bytet av referensuppdrag lett till att ÅF:s anbudansökan inte gått vidare i processen. Locum har under tiden för skriftväxlingen i förvaltningsrätten låtit de av ÅF angivna referenspersonerna betygsätta de referensuppdrag som ÅF åberopat. Locum har ställt de frågor som ställts till alla referenter till de av ÅF ursprungligen angivna referenterna. Locum har ställt frågor till dem, utan att göra något annat än att just ställa frågorna och be dem besvara dem skriftligen utifrån sin kännedom om projektet. Som framgår av bilagor har de två referenspersoner som angivits av ÅF åsatt betyg på ÅF:s uppdrag som innebär att ÅF inte hade gått vidare i upphandlingen varken avseende anbudsområde 1 eller 2, även om Locum använt ÅF:s referensuppdrag. Det kan inte uteslutas att ÅF kan ha varit i kontakt med dessa personer inför anbudsgivningen varvid ÅF må ha upplevt att ÅF fått en ”positiv” återkoppling. Det kan i så fall inte vara en kontakt och en förfrågan som efterlämnat något djupare intryck. Oavsett bedömningen i övrigt har ÅF därmed i vart fall inte lidit någon skada på denna grund.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

I 20 kap. 6 § första stycket LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. I 4 kap. 1 § LOU anges att en upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på

ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare anges i samma paragraf att upphandlingar ska genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av praxis framgår att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de inte bryter mot de principer som bär upp det upphandlingsrättsliga regelverket. Av EU-domstolens praxis framgår att kravet på transparens innebär att samtliga villkor och bestämmelser för tilldelningsförfarandet ska vara formulerade, i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, på ett klart, precist och entydigt sätt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt (jfr bl.a. EU-domstolens dom i mål C-171/15 *Connexxion*). Härav framgår det enligt EU-domstolen att en bedömning ska göras av om anbudsgivaren borde ha förstått kriterierna med utgångspunkt i hur en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare hade uppfattat situationen. Vid denna bedömning ska det beaktas att den aktuella anbudsgivaren inte begärt några förtydliganden från den upphandlande myndigheten innan anbudet lämnades (jfr EU-domstolens dom i mål C-538/13 *eViglio*).

Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att krav som ställs i förfrågningsunderlaget ska stå i proportion till det behov som ska täckas av upphandlingen och till de mål som eftersträvas. 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.

Prövningen i förvaltningsrätten tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och

iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Förvaltningsrättens utredningsansvar är begränsat och för att ett ingripande mot en upphandling ska ske krävs det i princip att den som gör gällande att upphandlingen är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter som denne grundar sin talan på. Om det finns skäl för ingripande enligt LOU har förvaltningsrätten att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas, oavsett hur bolagets yrkanden har utformats.

Det är den som ansöker om överprövning som har att visa att det finns sådana brister i upphandlingen att det föreligger skäl för ett ingripande.

Förvaltningsrättens prövning

Under referenstagningen i steg 1 har referenstagning av anbudssökandens inlämnade referensprojekt gjorts. Referenterna har genom poängsättning fått lämna betyg på ett antal frågor. Avseende anbudsområde 1 har Locum bytt ut ett av ÅF:s angivna referensprojekt mot ett annat referensprojekt, båda utförda för Locum. Avseende anbudsområde 2 har Locum, för det av ÅF angivna referensprojektet, bytt ut den av ÅF angivna referenten mot en annan referent. Även detta projekt hade ÅF utfört för Locum.

Som båda parter anger framgår det av praxis att en upphandlande myndighet har möjlighet att använda sig av egna referenser vid en prövning i kvalificeringsfasen, så länge detta framgår av förfrågningsunderlaget och referenstagningen sker på ett objektivt sätt så att de grundläggande principerna inte överträds.

I ansökningsinbjudan punkten 4.2 anges bl.a. följande. ”Om anbudssökande tidigare har genomfört uppdrag åt Locum, ska minst ett uppdrag användas som referensprojekt om det/de uppfyller kraven. Locum har rätt att byta ut

referensprojekt mot Locumprojekt, om anbudssökanden tidigare genomfört uppdrag åt Locum.”

Av ansökningsinbjudan punkten 4.4 framgår bl.a. att för att kvalificera sig i upphandlingen och gå vidare till steg 2 ska en totalpoäng på minst 20 poäng ha erhållits på varje enskilt referensprojekt. Av punkten 2.1 i ansökningsinbjudan framgår att varje anbudsområde kvalificeras och utvärderas separat.

Anbudsområde 1

Förvaltningsrätten bedömer att det för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudssökande framgår att ordalydelsen i punkten 4.2 i ansökningsinbjudan inte ska tolkas, såsom ÅF anför, att Locum enbart skulle ha möjlighet att byta ut referensprojekt om en anbudssökande, som tidigare utfört uppdrag åt Locum, inte har lämnat minst ett Locumprojekt. Även om det i skrivelsen inte uttryckligen anges att ett angivet Locumprojekt kan komma att bytas ut mot ett annat Locumprojekt, kan det enligt förvaltningsrättens mening inte anses strida mot ordalydelsen i punkten 4.2. Vidare ankommer det enligt förvaltningsrätten på en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudssökande att begära förtydligande från Locum vid det fall det anses oklart när Locum kan komma att byta ut referensuppdrag. Detta gäller särskilt vid fall anbudssökanden, som i ÅF:s fall, tidigare har utfört uppdrag för Locum, eftersom det är just anbudssökande som tidigare har genomfört uppdrag åt Locum som kan komma att få referensuppdrag utbytt. Förvaltningsrätten anser därför att det på ett tillräckligt tydligt sätt framgår att även angivna Locumprojekt kan komma att bytas ut mot andra Locumprojekt. Locum kan således inte anses ha brutit mot principerna i LOU genom förfrågningsunderlagets utformning i detta avseende. Därtill konstaterar förvaltningsrätten, i likhet med vad Locum anför, att eftersom ÅF erhöll under 20 poäng vid referenstagningen i

det av Locum tillförda referensprojektet, hade ÅF inte kvalificerats till steg 2, oavsett om det var ett av de av ÅF angivna externa projekten eller det av ÅF angivna Locumprojektet som byttes ut.

Användningen av egna referenser syftar till att ge den upphandlande myndigheten möjlighet att beakta de egna erfarenheter av anbudsgivaren som är relevanta för den aktuella upphandlingen. Det kan inte anses stå i strid mot LOU eller de grundläggande principerna att Locum, när det som i ÅF:s fall funnits flera relevanta Locumprojekt, haft möjlighet att välja vilken av dessa man velat använda sig av (jfr Kammarrättens i Stockholm dom den 10 juni 2011, mål nr 862-11). Vidare framgår det att referenten för det av Locum valda referensprojektet har fått svara på samma frågor som övriga referenter har gjort. Vad ÅF anfört visar inte att ÅF har blivit otillbörligt poängsatt eller att referenstagningen i övrigt inte har gått objektivt till.

Att det enbart är anbudssökande som tidigare har utfört uppdrag åt Locum som, till skillnad från anbudssökande som inte tidigare har utfört uppdrag åt Locum, kan komma att få referensprojekt utbyta mot Locumprojekt, strider enligt förvaltningsrättens mening inte mot likabehandlingsprincipen. Inte heller har det framkommit något som talar för att kravet på likabehandling inte har iakttagits för de anbudssökande som tidigare har utfört uppdrag åt Locum.

Mot bakgrund av det anförda anser förvaltningsrätten att ÅF, avseende anbudsområde 1, inte har visat att referenstagningen inte har gått objektivt till eller att det i övrigt föreligger skäl för ingripande enligt LOU. Vad ÅF anför i övrigt medför ingen annan bedömning.

Anbudsområde 2

Förvaltningsrätten anser att det inte framgår av ordalydelsen i punkten 4.2 i ansökningsinbjudan att Locum har rätt att byta ut referenten i ett av anbudssökanden angivet referensprojekt. Som ÅF uppger framgår det inte heller någon annanstans i upphandlingsdokumenten något krav på vilken referent anbudssökanden ska ange. Även om syftet med att kunna byta ut referensprojekt mot Locumprojekt är att Locum vill bedöma de projekt som tidigare har genomförts åt Locum, anser förvaltningsrätten inte att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör borde ha uppfattat att Locum skulle byta ut en angiven referent i ett uppdrag som anbudssökanden utfört åt Locum.

För skäl till ingripande mot upphandlingen krävs dock att ÅF visar att ÅF har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (jfr HFD 2013 ref. 53).

Locum har under skriftväxlingen i förvaltningsrätten låtit den av ÅF ursprungligen angivna referenten betygsätta det av ÅF angivna referensprojektet. Referenten fick svara på samma frågor som övriga referenter gjorde vid den ursprungliga referenstagningen, och gav då ÅF under 20 poäng, vilket inte hade varit tillräckligt för att ÅF skulle gå vidare till steg 2 i upphandlingen. Efter att ÅF under skriftväxlingen i förvaltningsrätten anfört att ÅF hade haft en förhandskontakt med sina respektive referenspersoner och då fått beskedet att de var mycket nöjda med ÅF:s insats i de återgivna referensprojekten, har Locum skriftligen frågat den aktuella referenten om denne minns någon förhandskontakt med ÅF och om han kan ha uttryckt att han eller Locum varit mycket nöjda med det aktuella referensprojektet. Referenten har på dessa frågor skriftligen svarat att han inte har något minne av att ÅF har varit i kontakt med honom. ÅF har inte presenterat något underlag till stöd för uppgifterna om att bolaget haft en

förhandskontakt med den aktuella referenten och då fått besked att han var mycket nöjd med ÅF:s insats. Under dessa omständigheter bedömer förvaltningsrätten att ÅF inte har visat att den av ÅF ursprungligen angivna referenten skulle ha gett ÅF högre poäng vid den ursprungliga referenstagningen, eller att ÅF därmed skulle ha gått vidare till steg 2 i upphandlingen om referenten inte hade blivit utbytt. Förvaltningsrätten bedömer därför att ÅF inte har visat att bolaget har lidit någon skada av att den aktuella referenten har blivit utbytt av Locum.

Mot denna bakgrund bedömer förvaltningsrätten att ÅF, inte heller avseende anbudsområde 2, har visat att det föreligger skäl för ingripande enligt LOU.

Sammanfattande bedömning

Sammanfattningsvis bedömer förvaltningsrätten att ÅF inte har visat att det finns skäl för ingripande i aktuell upphandling. Ansökan om överprövning ska därmed avslås. Vad bolaget anför i övrigt medför ingen annan bedömning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Christoffer Andersson Calafatis
Rådman

Maria Freij har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.