



**KAMMARRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Avdelning 1:3

DOM

2016-06-27
Meddelad i Jönköping

Mål nr 3559-3561-15

KONKURRENSVERKET	
2016-06-28	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

eBuss i Sverige AB, 556305-0284
Box 1537
581 15 Linköping

Ombud: Advokaten Helena Rosén-Andersson och biträdande juristen
Filip Malm
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART

AB Östgötatrafiken, 556038-8950
Box 1550
581 15 Linköping

Ombud: Bolagsjurist Jonas Jonsson
AB Östgötatrafiken
Box 1550
581 15 Linköping

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 17 december 2015 i mål nr
6420-15, 6433-15 och 6434-15, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena
vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Försäkringskassan
- Förvaltningsrätten
- Socialstyrelsen

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandena.

- För kännedom
- För åtgärd
- För delgivning

Dok.Id 191042

Postadress
Box 2203
550 02 Jönköping

Besöksadress
Slottsgatan 5

Telefon
036-15 68 00 (vx)
E-post: kammarrattenijonkoping@dom.se
www.kammarrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-16 19 68

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Aktiebolaget Östgötatrafiken (Östgötatrafiken) genomför upphandlingar avseende allmän och särskild kollektivtrafik i västra Östergötland (dnr 2015/0135), mellersta Östergötland (dnr 2015/0136) samt östra Östergötland (dnr 2015/0137). Upphandlingarna genomförs som förhandlade förfaranden enligt LUF och är uppdelade i ett flertal så kallade anbudspaket. Östgötatrafiken meddelade den 17 september 2015 beslut att tilldela kontrakt i upphandlingarna. Av utvärderingsrapporterna för respektive upphandling framgår att eBuss i Sverige AB (eBuss) diskvalificerades i kvalificeringsfasen med motiveringen att ansökan inte bedömdes uppfylla obligatoriska krav på referensuppdrag och därmed inte fick tillfälle att delta i den vidare utvärderingen.

YRKANDEN

eBuss yrkar att kammarrätten ska förordna att upphandlingarna ska göras om.

Östgötatrafiken motsätter sig bifall till överklagandena.

VAD PARTERNA ANFÖR

eBuss

eBuss åberopar vad som anförts i förvaltningsrätten och tillägger i huvudsak följande. Kravet på två referensuppdrag, utan koppling till viss omfattning av uppdragen, är oproportionellt i förhållande till de upphandlade kontraktet och inte relevant för att pröva leverantörernas tekniska kapacitet att utföra respektive kontrakt. Kravet är av samma skäl olikbehandlande eftersom leverantörerna inte kvalificeras utifrån objektiva och sakligt godtagbara kriterier för teknisk kapacitet. När anbudsansökningarna lämnades var det

inte känt för leverantörerna hur många fordon som krävdes för att utföra upphandlingskontrakten. När kvalificeringen gjordes var det heller inte klart vilka anbudspaket leverantörerna skulle komma att lämna anbud på.

Det är heller inte relevant att sätta nivån för kapaciteten i förhållande till antalet uppdrag, definierat som antal avtal. Olika upphandlande enheter väljer att upphandla trafik för olika trafikområden på olika sätt vid varje given upphandling. Leverantörer har då, beroende på tidigare upphandlande enhets val av upplägg, olika förutsättningar att påvisa sin kapacitet genom att uppfylla krav på antal uppdrag. Östgötatrafiken genomförde en sådan sammanslagning av avtal vid upphandlingen av bolagets nuvarande avtal, vilket är det avtal som åberopas som referensuppdrag. Det nuvarande avtalet med sex depåer bestod tidigare av sex olika avtal, ett för varje depå. Begreppet uppdrag eller avtal säger därför inte någonting om leverantörens kapacitet att utföra det upphandlade avtalet utan visar endast hur en upphandlande enhet har valt att dela upp sin tidigare trafikupphandling. eBuss har inte uppfattat kravet på referensuppdrag så att det skulle avse två olika avtal utan istället att det räckte med två olika uppdrag och bedömt att varje depå utgör ett uppdrag.

De angivna referensuppdragen visar att eBuss har den kapacitet som krävs för att utföra den typ av uppdrag som upphandlingen avser. eBuss utför också det nuvarande avtalet och Östgötatrafiken har därför en god och tillräcklig kunskap för att bedöma att eBuss har den tekniska kapacitet och erfarenhet som krävs för att utföra de upphandlade kontrakten. Det är därför oproportionerligt, orimligt och olikbehandlande att diskvalificera eBuss när leverantörer med sämre teknisk kapacitet i form av exempelvis fordonskapacitet har kvalificerats.

Förvaltningsrätten har inte heller bedömt referenskravets innebörd mot bakgrund av innehållet i förfrågningsunderlaget eller de omständigheter som

parterna har åberopat utan gjort en egen tolkning av kravets innebörd utifrån Nationalencyklopedins definition av begreppet uppdrag.

Östgötatrafiken

Östgötatrafiken åberopar vad som anförts i förvaltningsrätten och tillägger i huvudsak följande. Östgötatrafiken bestrider att det krav som uppställts i samtliga tre upphandlingarna skulle strida mot proportionalitetsprincipen. eBuss beskrivning av kravet som ett bevis för de olika anbudsansökandenas förmåga att kunna erbjuda en fordonsnumerär eller förmåga att genomföra större trafikuppdrag visar på en missuppfattning av referenskravets syfte och innebörd. Syftet med kravet på två referensuppdrag var att styrka den anbudssökandes erfarenhet av viss persontrafik och kännedom om dess förutsättningar. Att krav ställts på två referenser, oberoende av bolagens storlek, beror på anbudspaketens skiftande storlek samt Östgötatrafikens avsikt att främja konkurrensen i upphandlingarna. Då samtliga tre upphandlingar innehåller ett flertal anbudspaket med mellan ett fordon i de minsta paketen upp till 27 fordon för det största, har det varit önskvärt med en bred konkurrens av både större och mindre leverantörer. Syftet med det uppställda kravet på anbudssökanden att lämna två referenser har därför inte varit att fastställa antalet fordon som anbudssökanden kunnat erbjuda utan att visa på en tillräcklig erfarenhet av att ha kört persontransporter med de särskilda förutsättningar det innebär med allmän/särskild kollektivtrafik.

Ett krav om endast en referens är inte tillräckligt då det inte visar på den spridning eller kontinuitet som är önskvärd. Endast ett utfört uppdrag kan visserligen visa på att man har eller har haft ett uppdrag med rätt inriktning men inte visat på sådan kompetens att man kunnat erhålla fler uppdrag. Mot bakgrund av syftet med att begära två referenser, har åtgärden i förhållande till proportionalitetsprincipen både varit lämplig och nödvändig för att uppnå de eftersträlvade syftet. Östgötatrafiken delar inte eBuss uppfattning

om att referenskraven skulle eller bör vara kopplade till viss omfattning. Ett uppdrag av större omfattning ger inte automatiskt större erfarenhet.

Det faktum att eBuss på grund av brister i sin anbudansökan inte redovisat de efterfrågade referenserna kan inte sägas vara en sådan negativ effekt som beror på det uppställda kravet. eBuss hade genom att åberopa de samverkande underentreprenörernas olika uppdrag lätt kunna uppfylla kravet på två referenser. Då nu eBuss inte åberopat mer än ett uppdrag, oavsett dess storlek eller antal bussar, kan inte Östgötatrafiken behandla eBuss på annat sätt än andra anbudssökande eftersom det skulle strida mot likabehandlingsprincipen. eBuss har givits samma förutsättningar som andra anbudssökande att inkomma med efterfrågade uppgifter. Någon diskriminering såsom eBuss vill göra gällande har alltså inte skett.

SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målen är om det finns skäl att ingripa i upphandlingarna enligt 16 kap. 6 § LUF. Avgörande för frågeställningen är därvid hur begreppet referensuppdrag som används i förfrågningsunderlagen ska tolkas. Begreppets tolkning får betydelse för om eBuss ska anses ha uppfyllt i förfrågningsunderlaget ställt krav avseende referenser. eBuss har utöver tolkningen av begreppet i utvärderingarna även ifrågasatt om kravet i sig är proportionerligt i förhållande till syftet. eBuss menar att eftersom kravet ställts utan relation till omfattning av referensuppdragen visar det inte vilken teknisk och ekonomisk kapacitet anbudsgivaren besitter och därmed uppnås inte syftet med kravställningen.

Har eBuss angett ett eller flera referensuppdrag?

I det aktuella kravet anges att det till anbudsansökningarna ska bifogas en referensförteckning som omfattar minst två referenser avseende två skilda uppdrag under de senaste tre åren, som visar anbudssökandens tidigare erfarenheter av andra liknande uppdrag innefattande allmän- och/eller särskild kollektivtrafik. Kravet är obligatoriskt och syftet anges vara att säkerställa att leverantören har erfarenhet av liknande arbeten. Begreppet referensuppdrag är inte definierat i förfrågningsunderlaget.

Kammarrätten anser att bedömningen av vad som ska avses med liknande referensuppdrag måste utgå från hur kravet uppfattas i förhållande till förfrågningsunderlaget. Det är ett obligatoriskt krav och potentiella leverantörer ska då kunna utgå från att kravet är så viktigt att den som inte uppfyller kravet avstår från att lämna anbud (jfr. Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden den 20 maj 2016 i mål nr 555-15 samt 2691-15).

Eftersom det anges att kravet på referensuppdrag ska avse andra liknande uppdrag innefattande allmän- och/eller särskild kollektivtrafik är det av betydelse för tolkningen av begreppet vad som i förfrågningsunderlaget anges att den aktuella upphandlingen avser.

Enligt kammarrätten måste avsikten med upphandlingen anses vara att ingå avtal med leverantörer för att utföra driften av allmän och särskild kollektivtrafik i olika områden i Östergötland. Ett liknande referensuppdrag enligt här aktuellt förfrågningsunderlag, med beaktande av likabehandlingsprincipen, ska därför anses utgöras av ett med upphandlingen motsvarande avtal.

Avgörande för frågan om eBuss anbud ska anses uppfylla kravet på referensuppdrag är vad de avgivna referensuppdragen består i. Det är ostridigt i

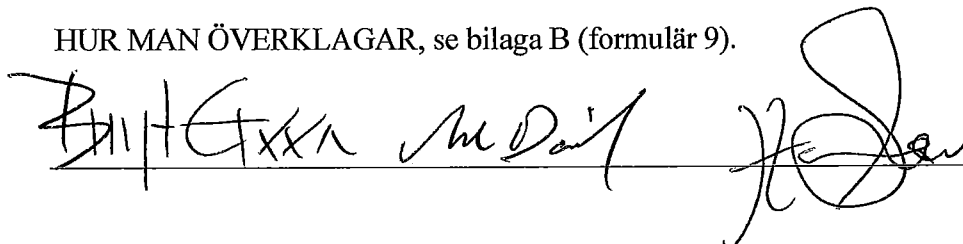
målen att det för referensuppdragen förelåg ett trafikavtal, men som avsåg ett flertal depåer, och att det är depåerna som angivits som referensuppdrag.

Med ovanstående resonemang utgör de angivna depåerna endast ett referensuppdrag och eBuss anbudsansökan kan därför inte anses uppfylla kravet på minst två referensuppdrag. Anbudsansökan har därför rätteligen förkastats med hänvisning till likabehandlingsprincipen. Skäl för ingripande enligt LUF föreligger därför inte och överklagandena ska därför avslås i den delen.

Är kravet oproportionerligt?

eBuss har även anmärkt på kravet i sig, och menar att det är oproportionerligt. Kammarrätten instämmer i detta avseende i förvaltningsrättens bedömning och överklagandena ska därför även i denna del avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

The image shows two handwritten signatures in black ink. The signature on the left is 'Bengt Green' and the one on the right is 'Anders Davidson'. They are written over a horizontal line.

Kammarrättsråden Bengt Green (ordförande) och Anders Davidson samt tf. kammarrättsassessorn Hanna Shev (referent) har deltagit i avgörandet.

Föredragande: Katarina Birkefall

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING****DOM**
2015-12-17
Meddelad i
LinköpingMål nr
6420-15
6433-15
6434-15**SÖKANDE**eBuss i Sverige AB, 556305-0284
Box 1537
581 15 LinköpingOmbud: Advokaten Helena Rosén-Andersson och biträdande juristen Filip
Malm
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg**MOTPART**AB Östgötatrafiken, 556038-8950
Box 1550
581 15 LinköpingOmbud: Bolagsjuristen Jonas Jonsson
AB Östgötatrafiken
Box 1550
581 15 Linköping**SAKEN**Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena
vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökningarna om överprövning.

Dok.Id 230889

Postadress
Box 406
581 04 Linköping**Besöksadress**
Brigadgatan 3**Telefon**
013-25 11 00**E-post:**
forvaltningsrattenilinkoping@dom.se**Telefax**
013-25 11 40**Expeditionstid**
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDE M.M.

Aktiebolaget Östgötatrafiken (Östgötatrafiken) genomför upphandlingar avseende allmän och särskild kollektivtrafik i västra Östergötland, dnr 2015/0135, mellersta Östergötland, dnr 2015/0136, samt östra Östergötland, dnr 2015/0137. Upphandlingarna genomförs som förhandlade förfaranden enligt LUF och är uppdelade i flera anbudspaket. Östgötatrafiken meddelade den 17 september 2015 beslut att tilldela kontrakt i upphandlingarna. Av utvärderingsrapporter till besluten framgår att eBuss i Sverige AB (Bolaget) diskvalificerades i anbudsansökningsfasen med motiveringen att Bolaget inte bedömdes uppfylla ställt obligatoriskt krav på referenser i tredje punkten på s. 2 i respektive inbjudan att lämna anbudsansökan i upphandlingarna (förfrågningsunderlagen).

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingarna och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att dessa ska göras om.

Östgötatrafiken anser att ansökningarna om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

Bolaget

Östgötatrafiken har diskvalificerat Bolaget i strid mot likabehandlingsprincipen eftersom Bolagets sex referensuppdrag utgör minst två skilda uppdrag i den mening som avses i förfrågningsunderlagen. Östgötatrafiken har också utformat förfrågningsunderlagen i strid mot transparensprincipen genom att ställa krav på två skilda referensuppdrag utan att klargöra att det också innebär ett krav på två skilda avtal. Det har påverkat Bolagets sätt att utforma sitt anbud. Det strider också mot proportionalitetsprincipen att tillämpa ett krav på två skilda referensuppdrag mot Bolaget innebärande att Bolaget -

som har tillräcklig teknisk kapacitet för att utföra de upphandlade kontrakten och har bevisad erfarenhet av att utföra den typ av uppdrag som upphandlingarna avser - ska diskvalificeras enbart av det skälet att Bolagets referensuppdrag inte utgörs av skilda avtal.

Bolaget har uppfattat förfrågningsunderlagen så att Bolagets sex referensuppdrag utgör sex skilda uppdrag enligt det aktuella kravet i förfrågningsunderlagen. Östgötatrafikens svar på fråga 1 och 2 i Frågor och svar för upphandlingen ger också en leverantör det intrycket. Dessa frågor och svar var tillgängliga för samtliga anbudssökande innan tidsfristen för att inkomma med anbudsansökan löpte ut. Bolaget har varken i referensblanketten eller på något annat vis gjort gällande att det är fråga om ett enda uppdrag. Av förfrågningsunderlagen framgår inte att kravet på två skilda uppdrag också innebär ett krav på två skilda avtal. Vad som angetts i dokument utanför de aktuella upphandlingarna, t.ex. Östgötatrafikens befintliga eller tidigare avtal, saknar betydelse för upphandlingarna och för vad Bolaget har haft anledning att utgå från när Bolaget lämnade in sina anbudsansökningar. Hade Bolaget uppfattat att Östgötatrafiken ställer krav på två skilda avtal hade Bolaget självfallet övervägt att lämna anbud i samarbete med annan och hade exempelvis kunnat åberopa ytterligare ett referensuppdrag från ett annat avtal genom samarbete med en underleverantör. Det har Bolaget inte gjort eftersom Bolaget har uppfattat att dess egna referensuppdrag väl uppfyller kravet i förfrågningsunderlagen. Bolaget har därför utgått från att Bolagets anbud har uppfyllt kravet på referensuppdrag.

Även om de sex referenserna ska anses avse ett enda uppdrag ska de anses tillräckliga för att uppfylla kraven för kvalificering. Referenserna utgör bevisning om anbudssökandens tekniska kapacitet och erfarenhet att utföra de upphandlade kontrakten för allmän eller särskild kollektivtrafik. Sådan bevisning kan inte lagligen begränsas till att utgöras av referenser för två olika uppdrag eftersom det strider mot likabehandlings- och proportionalitetsprin-

cipen i 1 kap. 24 § LUF.

Ett krav på att det ska vara två olika referenser från två olika uppdrag är dessutom varken relevant för upphandlingarna eller av väsentlig betydelse för upphandlingarna. Ett sådant krav är därför oproportionerligt. Det som ska kunna utläsas av referenserna är att leverantören har den tekniska kapacitet som krävs för att utföra sådana uppdrag för allmän och/eller särskild kollektivtrafik som de aktuella upphandlingarna avser. Östgötatrafiken kan säkerställa leverantörernas tekniska kapacitet genom en mindre ingripande och mer rimlig åtgärd än vad ett krav på just två referensuppdrag utgör. Detta särskilt mot bakgrund av att Östgötatrafiken inte har krävt att referensuppdragen ska vara av en viss omfattning. Bevisningen om två referensuppdrag behöver därför inte säga någonting om leverantörens kapacitet att utföra den typ av uppdrag som upphandlingarna avser utan bara att det är fråga om två olika referensuppdrag. Det säger sig självt att ett sådant krav inte är lämpligt, effektivt eller nödvändigt att upprätthålla för att pröva leverantörernas tekniska kapacitet att utföra de upphandlade kontrakten. Östgötatrafikens tillämpning av kravet medför att leverantörer som har uppdrag för en uppdragsgivare som, liksom Östgötatrafiken, tillämpar ett avtal för flera olika uppdrag (depåer) inte kan uppfylla kravet trots att leverantören hade gjort det om uppdragsgivaren hade tagit fram ett avtal per depå. Detta trots att varje depå kräver en viss teknisk kapacitet oavsett om det har upprättats ett avtal per depå eller ett avtal för flera depåer.

Östgötatrafiken tillämpar ett proportionellt krav mot leverantörer som har bedrivit verksamhet i kortare tid än tre år. Skälet är att det följer av upphandlingslagstiftningens principer och rättspraxis att krav på teknisk kapacitet endast syftar till att utvisa att leverantören har förmåga att utföra kontraktet. Nystartade leverantörer har därför rätt att åberopa en annan typ av bevisning för sin kapacitet att utföra kontraktet än referenser för leverantörens tidigare utförda kontrakt. Det saknas skäl att inte tillämpa kravet på

teknisk kapacitet på ett proportionerligt sätt även i övrigt. Den leverantör som, i likhet med Bolaget, har visat sig ha en teknisk kapacitet att utföra kontrakten för allmän eller särskild kollektivtrafik genom sina åberopade referenser ska därför, oavsett om referenserna ska anses avse två eller flera skilda uppdrag eller ett enda uppdrag, vara kvalificerad att lämna anbud.

Bolaget har således den tekniska kapacitet och den tidigare erfarenhet av andra liknande uppdrag innefattande allmän och/eller särskild kollektivtrafik som krävs för att utföra kollektivtrafik enligt de upphandlade kontrakten. Ett krav på minst två referensuppdrag ska därför inte upprätthållas mot Bolaget utan Bolagets referenser ska betraktas som tillräckliga.

Bolaget gör inte gällande att Bolaget ska särbehandlas utan att Östgötatrafiken ska genomföra upphandlingarna enligt LUF. Eftersom Östgötatrafiken inte har gjort det har Bolaget uteslutits ur upphandlingarna och därmed lidit eller riskerat att lida skada.

Östgötatrafiken

Östgötatrafiken har genomfört upphandlingen i enlighet med LUF och de i upphandlingen ställda kraven. Bolaget har inte bedömts uppfylla de i förfrågningsunderlagen ställda kraven varför Bolagets anbudsansökningar med rätta har diskvalificerats från fortsatt deltagande.

Av den referensblankett som ingetts med anbudsansökningarna framgår klart att Bolaget endast lämnat uppgift om ett referensuppdrag. Att trafiken utgår från olika depåer innebär inte att trafiken ska ses som fler än ett uppdrag då detta är ett och samma uppdrag. Det framgår vidare av den blankett som Bolaget ingivit tillsammans med anbudsansökningarna att även Bolaget själv sett trafikavtalet beträffande expressbusstrafiken som ett uppdrag. Det faktum att Bolaget valt att lämna kontaktperson för varje depå för sig har

inte heller det någon betydelse för uppdraget i sig då Östgötatrafiken endast ställt krav på en kontaktperson för varje uppdrag.

Som framgår av förfrågningsunderlagen har Östgötatrafiken varken ställt krav på uppdragens volym, omfattning eller på att uppdragen ska ha olika uppdragsgivare. Att i samband med kvalificeringen bedöma olika referensuppdrag olika mycket värda beroende på dess volym torde strida mot såväl likhetsprincipen som transparensprincipen varför en sådan jämförelse av uppdragens volym och omfattning som Bolaget vill göra gällande, där ett uppdrag på grund av volym och omfattning ska räknas som två, låter sig inte göras med mindre än att reglerna för en sådan jämförelse finns klart beskrivna i inbjudan från början, om ens då.

En upphandlande enhet har rätt att själv ställa de krav som skall gälla i upphandlingen så länge som de principer som kommer till uttryck i 1 kap. 24 § LUF inte träds förnär. Kravet på anbudssökande att kunna redovisa två referenser avseende två skilda uppdrag som visar anbudssökandens tidigare erfarenhet av andra liknande uppdrag innefattande allmän och/eller särskild kollektivtrafik är både ändamålsenligt och inte för ingripande eller på något sätt överdrivet jämfört med det eftersträvade syftet. Östgötatrafiken har gjort bedömningen att de flesta anbudsgivare med erfarenhet av allmän och/eller särskild kollektivtrafik inte haft några problem med att visa tillräcklig erfarenhet i enlighet med kraven. Kraven har därmed både ett naturligt samband med det som ska upphandlas och står i proportion till det behov som ska täckas. Av de tre upphandlingar av allmän och särskild kollektivtrafik som genomförts för västra, mellersta och östra Östergötland har endast 2 av 27, 1 av 25 respektive 2 av 29 av de anbudssökande inte kvalificerat sig på grund av att man inte kunnat redovisa tillräckliga referenser.

Då en upphandlande enhet har betydande utrymme att ange vilka krav man vill ställa i en upphandling, och så länge dessa krav är både ändamålsenliga

och har ett samband med det som upphandlas, torde det strida mot likbehandlingsprincipen att bedöma Bolagets enda referensuppdrag som tillräckligt i jämförelse med konkurrerande anbudsgivares anbudsansökningar där referensuppdrag inlämnats i enlighet med ställda krav. Östgötatrafiken har inte ställt krav på viss storlek av tidigare referensuppdrag för att detta ska kunna tillgodoräknas en sökandes anbudsansökan. Då det torde strida mot gällande upphandlingsregler att exkludera möjligheter för leverantörer med relativt nystartad verksamhet att kunna kvalificera sig till uppdragen har kravet på två olika referenser omformulerats till att avse de i den nystartade verksamhetens bolagsmän och deras personliga erfarenhet.

Bolaget har sedan tidigare ett trafikavtal med Östgötatrafiken avseende uppdraget att köra expressbusstrafiken i Östergötland. Att Bolaget nu inte skulle kunna skilja mellan betydelsen av trafikavtal, uppdrag och depå låter mycket märkligt när det i gällande trafikavtal inte verkar vara ett problem. Inte heller verkar övriga anbudssökande ha haft några problem med distinktionen mellan begreppen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förfrågningsunderlagen

Östgötatrafiken har i inbjudningarna till anbudsansökan uppställt följande krav:

För att kunna kontrollera att anbudssökande uppfyller de krav på ekonomisk och teknisk kapacitet som krävs för utförande av uppdraget ska anbudssökande lämna in följande handlingar/uppgifter tillsammans med sin anbudsansökan:

[...]

- *Anbudssökanden ska, för att anses kvalificerad för uppdraget, kunna visa en referensförteckning, som minst omfattar två referenser avseende två skilda uppdrag under de senaste tre åren, som visar anbudssökandens tidigare erfarenhet av andra liknande uppdrag innefattande allmän- och/eller särskild kollektivtrafik.*

[...]

För nystartat bolag som drivit verksamhet kortare tid än tre år eller, för enskild firma eller juridisk person under bildande, och som inte kan uppvisa referenser enligt ovan, ska motsvarande uppgifter anges i anbudsansökan som styrker tidigare erfarenhet hos dem som ska ansvara för tillhandahållandet av tjänsterna, t.ex. genom intyg från tidigare arbetsgivare.

[...]

Förvaltningsrättens bedömning

Föremål för prövningen

I mål om överprövning enligt LUF gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Bolaget anfört är visat att Östgötatrafiken har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF och att detta medfört att Bolaget lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LUF). De grundläggande principerna innebär att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iakttä principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 24 § LUF).

Är det ställda kravet transparent och uppfyller Bolaget det?

Förvaltningsrätten har inledningsvis att pröva huruvida det ställda kravet om minst två referenser avseende två skilda uppdrag strider mot den grundläggande principen om transparens samt huruvida Bolaget uppfyller det ställda kravet genom den referensförteckning som lämnats tillsammans med anbudsansökningarna.

Bolaget har i detta avseende gjort gällande att Östgötatrafiken, för det fall kravet ska tolkas på det sätt som Östgötatrafiken angett, har utformat förfrågningsunderlagen i strid med transparensprincipen genom att ställa krav på två skilda referensuppdrag utan att klargöra att det också innebär ett krav på två skilda avtal. Bolaget har vidare gjort gällande att det har uppfyllt det ställda kravet genom lämnad referensförteckning omfattande sex skilda uppdrag. Östgötatrafiken har mot detta invänt att kravet är tydligt ställt samt att Bolagets referensförteckning endast omfattar ett uppdrag, som avser utförande av trafik från sex olika depåer, och att Bolaget därför inte uppfyller det ställda kravet.

Förvaltningsrätten konstaterar att förfrågningsunderlagen i aktuella upphandlingar inte innehåller någon definition av begreppet uppdrag. Ledning för vad som avses med begreppet får därmed lämpligen sökas i det allmänna språkbruket. Av Nationalencyklopedins ordbok framgår att uppdrag är det samma som arbetsuppgift (av viss betydelse) som någon tilldelats för utförande under viss tidsrymd. Denna definition applicerad på den i målen omdiskuterade bilagan med referenser som Bolaget bifogat sina anbudsansökningar, innebär enligt förvaltningsrättens mening, att Östgötatrafiken måste anses ha tilldelat eBuss arbetsuppgiften att under en viss tid utföra expressbusstrafik inom ett visst geografiskt område. Detta synsätt innebär att utförandet av expressbusstrafiken är att betrakta som *ett* uppdrag. Att Bolaget använt sig av sex olika depåer vid utförandet av expressbusstrafiken är, enligt förvaltningsrättens mening, snarast en fråga om organisering av själva uppdraget. Denna uppfattning av vad ett uppdrag är ligger nära Östgötatrafikens försök till definition av vad som avsetts med begreppet i förevarande upphandlingar. Östgötatrafiken har i yttrande, såsom förvaltningsrätten förstår det, gjort gällande att det uppställda kravet på att ange två skilda referensuppdrag innebär ett krav på två skilda avtal. Bolaget å sin sida har utan närmare förklaring till sin tolkning av begreppet uppdrag hävdat att varje depå, i vilka bussar avsedda för ett visst geografiskt område är

stationerade, utgör ett uppdrag. Främst mot bakgrund av vad som framkommit om begreppet i det allmänna språkbruket, men även med beaktande av att det inte framkommit att vad som avsetts med begreppet uppdrag skulle ha vållat några problem för andra leverantörer, anser förvaltningsrätten att kravet på att ange två skilda uppdrag måste anses vara tillräckligt klart och tydligt för att en rimligt informerad och normalt ansvarsfull leverantör ska förstå dess innebörd. Ifrågavarande krav står således inte i strid med transparensprincipen. Då Bolaget endast kan anses ha lämnat referenser avseende ett uppdrag, har Bolaget inte uppfyllt det ställda kravet på två skilda uppdrag. Östgötatrafiken har därmed haft fog för sitt beslut att diskvalificera Bolaget i anbudsansökningsfasen.

Är kravet proportionerligt?

Nästa fråga som förvaltningsrätten har att pröva är huruvida det ställda kravet strider mot den grundläggande principen om proportionalitet på det sätt som Bolaget gör gällande.

Bolaget hävdar att det har tillräcklig teknisk kapacitet för att utföra de upphandlade tjänsterna och har bevisad erfarenhet av att utföra den typ av uppdrag som upphandlingarna avser. Bolaget gör därför gällande att det strider mot proportionalitetsprincipen att tillämpa ett krav på två skilda referensuppdrag mot Bolaget innebärande att Bolaget ska diskvalificeras enbart av det skälet att Bolagets referensuppdrag inte utgörs av skilda avtal. Bolaget menar att Östgötatrafiken kan säkerställa leverantörernas tekniska kapacitet genom en mindre ingripande och mer rimlig åtgärd än att uppställa ett krav på just två referensuppdrag, särskilt mot bakgrund av att Östgötatrafiken inte har krävt att referensuppdragen ska vara av en viss omfattning. Östgötatrafiken har invänt att kravet på två referenser avseende två skilda uppdrag är ändamålsenligt, inte för ingripande eller på något sätt överdrivet jämfört

med det eftersträvade syftet samt har ett naturligt samband med det som ska upphandlas och står i proportion till det behov som ska täckas.

En upphandlande enhet har en långtgående frihet att utforma förfrågningsunderlaget och ställa de krav som den anser behövs för att säkerställa syftet med upphandlingen, förutsatt att kraven inte strider mot LUF eller unionsrättsliga principer.

Proportionalitetsprincipen, som är en av de grundläggande principerna, innebär att en upphandlande enhet inte får ställa högre krav på leverantören än vad som behövs och som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Av EG-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om det är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska det bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta Östgötatrafikens uppfattning om att det ställda kravet säkerställer Östgötatrafikens behov av att kunna bedöma leverantörens lämplighet och förmåga att utföra uppdraget. Huruvida Östgötatrafiken har kunnat koppla kravet på referenser även till viss storlek och omfattning av referensuppdragen är irrelevant för bedömningen av kravets proportionalitet i dess nuvarande utformning eftersom en sådan ytterligare utveckling av kravet hade inneburit ett högre ställt krav medan proportionalitetsprincipen är ämnad att säkerställa att en upphandlande enhet inte får ställa högre krav på leverantören än vad som behövs. Syftet med det uppställda kravet på referenser från två olika uppdrag är,

enligt Östgötatrafiken, att säkerställa att potentiella leverantörer har tillräcklig erfarenhet av att genomföra sådana uppdrag som är föremål för ifrågavärande upphandlingar. Det ställda kravet framstår, enligt förvaltningsrättens uppfattning, som både lämpligt och effektivt för att uppnå detta syfte. Bolaget kan därtill inte anses ha visat att kravet inte varit nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Den negativa effekt som uppställda krav kan få för Bolaget kan heller inte anses vara oproportionerlig i förhållande till det eftersträvade syftet. Det aktuella kravet kan således inte anses strida mot proportionalitetsprincipen.

Sammanfattning

Mot bakgrund av det som ovan anförts samt med hänsyn till att Bolaget inte heller visat att Östgötatrafiken i övrigt handlat i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LFU eller någon annan bestämmelse i denna lag, finner förvaltningsrätten att det saknas skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LUF. Ansökningarna ska därmed avslås.

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

Sofia Blomkvist

Föredragande har varit Stefka Bokmark.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.