

**LÄNSRÄTTEN I  
STOCKHOLMS LÄN**  
Allmänna avdelningen

**DOM**  
2009-11-25  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
20429-09  
Enhet 13

**SÖKANDE**

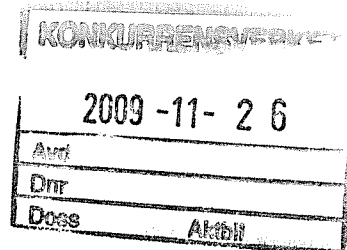
Trade Extensions International AB, 556668-1895  
Kungängsgatan 17-19  
753 22 Uppsala

**MOTPART**

Kammarkollegiet  
Box 2218  
103 15 Stockholm

**SAKEN**

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



**DOMSLUT**

Länsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 473507

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: lansrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

**BAKGRUND, YRKANDE M.M.**

Kammarkollegiet (Kollegiet) genomför en upphandling avseende upphandlingsverktyg, dnr 95-10570-09. Upphandlingen genomförs med förhandlat förfarande. Leverantörer har inbjudits att lämna ansökningar om deltagande i anbudsgivningen senast den 12 oktober 2009. Upphandlingen har ännu inte avslutats.

**Trade Extensions International AB** (bolaget) yrkar att Kollegiets upphandling ska avbrytas och göras om. Som grund för sitt yrkande anförs att kravet att endast anbudsgivare som levererat upphandlingsverktyg minst tre gånger till offentlig sektor kan komma ifråga för steg två strider mot proportionalitetsprincipens tre rekvisit. Bolaget anför vidare bl.a. följande.

Vid redovisning av ett referensuppdrag ska en anbudsgivare via referensuppdrag lämna uppgifter angående funktioner eller lösningar som är implementerade hos de olika referenskunderna. En referenskund har att svara "ja" eller "nej" på drygt ett tjugotal frågor. Oavsett om referenskunderna svarar "ja" eller "nej" på frågorna är anbudsgivaren kvalificerad att delta i anbudsgivningen. Den information som anbudsgivaren lämnar om sitt upphandlingsverktyg via sina referenskunder fyller sålunda ingen som helst funktion för att avgöra huruvida anbudsgivaren är kvalificerad för anbudsgivning eller inte. Kriteriet för att bli kvalificerad för anbudsgivning kommer med andra ord helt och hållet att bestämmas av vem anbudsgivaren tidigare har levererat till och inte vad anbudsgivaren har levererat. Med hänvisning till Kollegiets syfte med upphandlingen är det vare sig lämpligt eller effektivt att ställa krav på vem som anbudsgivaren tidigare levererat till. Det lämpliga är att upphandlaren ställer krav på vad som ska levereras.

De mest avancerade upphandlingssystemen på marknaden idag är de som används inom den privata sektorn. Det finns leverantörer av upphandlings-

system för den privata sektorn som vill etablera sig inom offentlig sektor. Dessa leverantörer har levererat betydligt mer sofistikerade upphandlingsverktyg än de som idag är förekommande inom offentlig upphandling. Det är betydligt enklare att anpassa ett system för privat upphandling till den offentliga sektorn än att lägga till saknade funktioner i ett rudimentärt system framtaget endast för offentlig sektor. Ett exempel på en tänkbar leverantör som idag fokuserar på den privata sektorn är de själva. Deras produkt är väl anpassad för de högsta tänkbara kraven på upphandling av alla former. De kan dock inte uppfylla det formella skall-kravet på tre referensuppdrag inom offentlig upphandling.

Det finns stort risk att Kollegiets skall-krav utestänger potentiella leverantörer som i anbudsgivningen skulle kunna erbjuda upphandlingsverktyg med betydligt bättre prestanda än de anbudsgivare som nu klarar skallkravet. Detta i sin tur kan få som konsekvens att Kollegiet inte erhåller den bästa möjliga lösningen.

Det har i Sverige totalt genom alla år genomförts mindre än 20 utannonserade upphandlingar av upphandlingssystem. Det finns betydligt fler än 20 genomförda leveranser av upphandlingssystem, men de övriga är små systemlösningar som inte har de funktioner som efterfrågas i denna upphandling. Med en så pass liten marknad blir det orealistiskt att kräva tre referensobjekt de senaste tre åren för att hamna bland de sju utvalda, framförallt för en leverantör av ett litet mer omfattande upphandlingssystem, som inte säljer till de kunder som endast vill ha en mycket liten och enkel lösning. Med anledning av att det lilla antalet genomförda upphandlingar är det högst rimligt att anta att färre än sju leverantörer av system för komplexa upphandlingar har möjlighet att uppbringa tre referensinstallationer i drift. Givet att färre än sju leverantörer deltar i kvalificeringsrundan blir urvalskriterierna, dvs. hur många funktioner som finns implementerade hos kund, helt verkningslösa. Det är därför uppenbart att upphandlingens mål

bäst uppnås genom att se till att ett kompetent IT-företag kan få ordern, ett företag som har goda tekniska möjligheter att anpassa sin produkt efter den upphandlande enhetens krav.

**Kollegiet** bestrider bolagets yrkande och anför bl.a. följande. Kollegiets skall-krav i anbudsansökan är sakligt grundade och något brott mot LOU har inte skett. I vart fall har inte något brott mot LOU medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Grundläggande för all upphandling är att det är den upphandlande myndigheten som inom ramen för LOU och gemenskapsrätten bestämmer föremålet för upphandlingen och vilka krav som ska ställas på föremålet för upphandlingen. En leverantör kan inte ställa krav på den upphandlande myndigheten att den ska driva eller utveckla en marknad eller att den upphandlande myndigheten ska öppna en marknad för nya aktörer eller att den ska ta särskild hänsyn till att en leverantör vill utöka sin marknadsnärvaro till att också omfatta offentlig sektor. Syftet med anbudsansökan är att utifrån Kollegiets behov, som senare också i selekteringsbeslutet stadfästs, välja ut – enligt de kriterier och regler som angivits i anbudsansökan – de sju bästa leverantörerna som enligt Kollegiets prövning uppfyllt kvalificeringen bäst och som Kollegiet därför bedömer kommer att avge de bästa anbuden. Kollegiet ska endast – inom ramen för LOU och gemenskapsrätten – ta hänsyn till sina egna behov. Upphandlingen av ett upphandlingsverktyg är av central betydelse för IT-upphandlingens framtida utveckling. Upphandlingsreglerna i LOU och gemenskapsrätten är mycket svår genomträngliga, svår förståeliga och tekniskt komplicerade. Något svar finns ibland inte heller innan avgöranden från förvaltningsdomstolarna eller i vissa fall EG-domstolen har kommit. Kollegiets erfarenhet är att det ställs krav på expertkunnande och stor erfarenhet av att ha medverkat vid direktivstyrda upphandlingar för att kunna sköta sådana enligt lagen och också göra ändamålsenliga kvalitativa köp. Erfarenhetsmässigt har även mycket kvalificerade leverantörer svårigheter att korrekt besvara en ansökningsinbjudan och kommande anbud vid det

första tillfället de deltar i en direktivstyrd upphandling. Det finns så många regler i LOU och gemenskapsrätten som inte har någon motsvarighet inom det privata området. Den privata sektorn styrs huvudsakligen av avtalslagens regler som i en jämförelse med upphandlingsdirektiven och LOU inte är särskilt omfattande, byråkratiska eller komplexa. Det är därför av central betydelse för Kollegiet att de anbudssökande leverantörerna kan erbjuda upphandlingsverktyg som bevisligen har använts av upphandlande myndigheter i offentlig upphandling.

Syftet med upphandlingen anges i anbudsansökan. Kollegiet genomför årligen flera komplicerade och mycket omfattande upphandlingar av ramavtal till offentlig sektor. Upphandlingarna kan årligen volymmässigt uppgå till 7-12 miljarder kronor. IT-upphandlingen förvaltar cirka 120 ramavtal och det är upp till 700 myndigheter, kommuner och landsting som är beroende av att IT-upphandlingen levererar fungerande ramavtal. Syftet med kravet på tre referenser är att leverantörerna ska styrka sin tekniska kapacitet och erfarenhet av upphandlingsföremålet, dvs. upphandlingsverktyget. Kravet medför att anbudsansökanden ska kunna visa att deras upphandlingsverktyg har varit/är driftsatt inom EU/EES-området. Kollegiet kan härmed erhålla uppgifter om leverantörens erfarenhet genom att andra användare verifierar leverantörens kapacitet och erfarenhet. Leverantörer som samarbetar med kunder i offentlig sektor har också kunskap och förståelse för övrig lagstiftning som styr en upphandlande myndighet, exempelvis tryckfrihetsförordningen, offentlighets- och sekretesslagen, förvaltningslagen och personuppgiftslagen. Likvärdigt är annan myndighetsstyrande och direktivstyrd lagstiftning från annat EU/EES-land. Leverantörer som arbetar mot offentlig sektor har med största sannolikhet god kunskap om vilken rättslig miljö som myndigheten verkar i. Mot denna bakgrund efterfrågar Kollegiet en leverantör som har erfarenhet av ett driftsatt upphandlingsverktyg och som har djup kunskap om offentlig upphandling generellt och djup kunskap om LOU alternativt LUF eller upphandlingsdi-

rektiven. Denna kunskap är inte möjlig eller intressant för en aktör som inte är verksam och arbetande med offentlig sektor. Kollegiet har under flera år genomfört marknadsstudier av vilka upphandlingsverktyg som finns tillgängliga på marknaden. Kollegiet har också besökt motsvarande organisationer i andra medlemsländer för att utröna vilka upphandlingsverktyg de använder. Kollegiet och IT-upphandlingen har prövat olika upphandlingsverktyg i syfte att senare kunna kravställa och upphandla ett upphandlingsverktyg. Kollegiet har vid dessa marknadsstudier kunnat konstatera att funktion och teknik är på en hög nivå hos de ledande aktörerna på marknaden. Kollegiet har också funnit att leverantörer som utvecklat verktyg mot offentlig sektor och som dagligen arbetar med upphandlande myndigheter har en god kunskap om upphandlingsrätten. Mot bakgrund av att Kollegiet enbart arbetar med upphandling som styrs av LOU och upphandlingsrätten måste ett systemstödande av enhetens upphandlingsprocess hela vägen från start av upphandlingen till tecknat ramavtal, ramavtalsförvaltning och i förlängningen eventuella avrop från ramavtalen betyda att leverantören har medverkat i offentliga upphandlingar med sitt upphandlingsverktyg samt har god kunskap om LOU/LUF och/eller upphandlingsdirektiven vilket erhålls om man är leverantör mot offentlig sektor. Leverantörerna kan också styrka detta förhållande genom att ingiva tre referenser från offentlig sektor. Skall-kravet är således en lämplig åtgärd för att uppnå det eftersträvande syftet att få ett fungerande effektivt upphandlingsverktyg som också är effektivt i den mening att det beaktar den rättsliga miljö som Kollegiet och IT-upphandlingen är verksam i.

Alternativet till det uttryckta skall-kravet i anbudsansökan är att Kollegiet i stället uppträdde som pilot i projektet mot de leverantörer som saknar erfarenhet från offentligt sektor och upphandlingsrätten. En sådan kunskapsöverföring och arbetsinsats har bedömts av Kollegiet som orimlig i förhållande till att arbeta med en leverantör som redan har inhämtat denna kunskap. En upphandlande myndighet behöver inte bejaka leverantörernas

intresse att få tillträde till en ny marknad utan ska utforma upphandlingen efter sina egna behov. Kravet är således nödvändigt om inte Kollegiet ska ta på sig en onödig och orimlig arbetsinsats.

Kravet är proportionerligt och kan mycket enkelt uppnås av den som är verksam mot offentlig sektor inom någon del av EU/EES-området och kan hantera LOU/LUF eller upphandlingsdirektiven. Om leverantören inte klarar av att uppfylla det formella skall-kravet på tre referensuppdrag saknar leverantören förmodligen antingen upphandlingsverktyg eller kontakt med offentlig sektor i EU/EES-området. Skall-kravet kan uppfyllas om leverantören har tre lyckade försäljningar av systemet under en treårsperiod. Ett sådant krav kan inte anses vara särskilt betungande för en leverantör. De frågor som referenterna ska besvara ligger, enligt anbudsansökan kapitel tre, till grund för mervärde. Dessa frågor syftar till att kvalificera leverantörer med ett system som innehåller så många av de funktioner som Kollegiet kommer att kräva och precisera i kommande steg i upphandlingen. Funktionerna är direkt kopplade till offentlig upphandling och dess lagstiftning. Ett system som saknar dessa funktioner är inte aktuell för Kollegiet då sådana funktioner krävs för att genomföra en upphandling enligt LOU. Kravet på tre referenser är således proportionerligt eftersom kravet har ett naturligt samband med upphandlingsföremålet och syftar till att Kollegiets behov uppnås.

## DOMSKÄL

### *Tillämpliga bestämmelser*

Enligt 1 kap 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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. 11 § första och andra stycket LOU följer bl.a. följande. Den upphandlande myndigheten ska i annonsen om upphandling eller i inbjudan att lämna anbud ange på vilket eller vilka av de sätt som anges i andra stycket som en leverantör ska styrka sin tekniska kapacitet. Den tekniska kapaciteten får styrkas endast på sätt som framgår i elva punkter bl.a. genom (p.2) en förteckning över de viktigaste varuleveranser eller tjänster som utförts under de tre senaste åren med uppgift om värde och tidpunkt samt huruvida det varit fråga om privata eller offentliga mottagare.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår 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.

#### *Länsrättens bedömning*

Kollegiet, som har regeringens uppdrag att ansvara för samordnad upphandling för offentlig förvaltning inom området informationsteknik (IT), genomför en upphandling av upphandlingsverktyg till IT-upphandlingen. Syftet är att upphandla ett upphandlingsverktyg som stödjer enhetens upphandlingsprocess hela vägen från start av upphandlingen till tecknat ramavtal, ramavtalsförvaltning och i förlängningen eventuella avrop från ramavtalen (1.2 tredje stycket i Kollegiets ansökningsinbjudan). Upphandlingen omfattar ett elektroniskt upphandlingsverktyg (1.3 första stycket). Verktyget måste stödja samtliga upphandlingsförfaranden enligt LOU samt tillgodose och uppfylla de lagkrav som finns inom offentlig upphandling. Det måste vara möjligt att skapa upphandlingsunderlag med stöd av mallar och strukturerad data samt att simulera utvärderingskriterier och viktningar samt resultatet av dessa. (1.3 tredje stycket).

Upphandlingen genomförs med ett förhandlat förfarande med föregående annonsering. Detta förfarande får användas för finansiella och intellektuella tjänster som är av sådan art att det inte går att utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva



förfarande (4 kap. 2 § 3 LOU). Upphandlingsformen innebär att annonsering om upphandlingen sker varefter Kollegiet väljer ut högst sju anbudsansökande, bl.a. utifrån de referenser som angivits och de frågor som besvarats om referensuppdragen, som erhåller förfrågningsunderlaget. Därefter prövas inkomna anbud varefter förhandling sker med minst tre leverantörer.

Kollegiet har i Bilaga 1, p 3.1, till ansökningsinbjudan under rubriken ”Krav gällande anbudssökanden och underleverantörer”, som kvalificeringskrav för att komma ifråga för att få del av förfrågningsunderlaget uppställt följande s.k. skall-krav.

Anbudsansökaren skall styrka sin förmåga att utföra uppdraget inom området genom en redovisning av referensuppdrag. Totalt tre (3) referensuppdrag skall bifogas ansökan varav samtliga skall vara uppdrag till kunder som omfattas av EG-direktivet och EG-förordningen om offentlig upphandling, motsvarande LOU, LUF etc. i Sverige.

Länsrätten konstaterar inledningsvis att upphandlande enhet i 11 kap. 11 § andra stycket 2 LOU har stöd för att kräva referenser från anbudssökarens offentliga mottagare av tidigare levererade tjänster. Bolaget har dock hävdat att skall-kravet strider mot proportionalitetsprincipen. Kollegiet menar att erfarenhet från direktivstyrda upphandlingar är ett proportionerligt krav.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses 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 åtgärden 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 bedö-

mas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Bedömningen ska göras från fall till fall av den nationella domstolen.

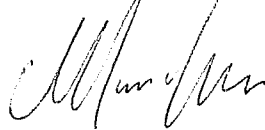
Kollegiet har uppgett att syftet med kravet på tre referenser är att leverantörerna ska styrka sin tekniska kapacitet och erfarenhet av upphandlingsföremålet, dvs. upphandlingsverktyget. Upphandlingsverktyget ska användas av IT-upphandlingsenheten på Kammarkollegiet vid upphandlingar som styrs av LOU. Upphandlingar som omfattas av LOU eller motsvarande lagstiftning är hårt reglerade och de organ som är skyldiga att följa lagen är också bundna av en rad andra lagar. En stor del av de upphandlande enheternas arbete vid upphandlingar består just i att försöka utforma förfrågningsunderlag, simulera utvärderingskriterier och viktningar m.m. så att de står i överensstämmelse med LOU. Bestämmelserna i LOU är många gånger svåra att förstå och det är komplicerat att utforma upphandlingsprocessen på ett sätt som håller för domstolarnas senare granskning vid en eventuell överprövning. Motsvarande gäller inte för upphandlingar inom den privata sektorn och erfarenhet från privata upphandlingar kan därmed inte anses fullt ut jämförbara.

En anbudssökande som tidigare har utvecklat verktyg för den offentliga sektorn har sannolikt mer erfarenhet av nämnd problematik än en aktör som enbart verkat på den privata marknaden. Kravet på tre referenser inom offentlig sektor har därmed ett naturligt samband med upphandlingen och får anses vara både lämpligt och effektivt för att uppnå syftet med upphandlingen. Något mindre ingripande alternativ för att garantera att syftet med upphandlingen uppfylls har inte framkommit. Skall-kravet är därmed att anse som nödvändigt. Det aktuella skall-kravet är ställt så att Kollegiet accepterar referenser från kunder som omfattas av EG-direktivet och EG-förordningen om offentlig upphandling, dvs. kunder från hela EU/EES-området. Några övriga krav på referensuppdragen har inte ställts. En leve-

rantör med erforderad erfarenhet av offentlig upphandling bör kunna prestera tre referensuppdrag. Länsrätten bedömer mot denna bakgrund att den negativa effekten, dvs. den eventuella begränsningen av antal anbudssökanden inte är oproportionerlig jämfört med det eftersträvade syftet.

Sammanfattningsvis finner länsrätten att Kammarkollegiets krav inte strider mot proportionalitetsprincipen. Skäl att besluta att aktuell upphandling ska göras om eller inte får avslutas förrän rättelse gjorts föreligger därmed inte. Ansökan ska således avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (Dv 3109/1a).



Marc Gren

Länsrättsfiskal

Föredragande i målet var länsrättsnotarien Anna Malmström.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm.

**Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.**

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart 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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens 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 skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.