



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2017-03-08
Meddelad i Uppsala

Mål nr
6164-16 E

SÖKANDE

Whitelake Software Point Oy
Metsänneidonkuja 6
021 30 Espoo
Finland

Ombud: Advokat Markus Mårline
Advokatbyrån Sigeman & Co AB
Anna Lindhs plats 4
211 19 Malmö

MOTPART

Region Uppsala
Box 602
751 25 Uppsala

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2017-03-09	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 203706

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Telefax
018-10 00 34

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Region Uppsala (tidigare Landstinget i Uppsala län, fortsättningsvis benämmt regionen) genomförde upphandling av Laboratorieinformations-system Mikrobiologen, dnr UPPH2016-0066. I tilldelningsbeslut den 18 november 2016 antogs anbud från annan anbudsgivare än Whitelake Software Point Oy (bolaget).

Bolaget yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen av anbuden görs om och att regionens egen erfarenhet av bolaget inte beaktas vid utvärderingen av referenser.

Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande. Den nu aktuella upphandlingen annonserades efter att regionen hävt ett tidigare kontrakt som bolaget tilldelades 2013 för ett motsvarande IT-system. När hävning skedde hade inget system driftsatts eller godkänts. I det nu aktuella förfrågningsunderlaget ställs krav på att anbudsgivarna ska ha erfarenhet av liknande uppdrag. Anbudsgivarna skulle bekräfta detta genom att redovisa för en godkänd leverans avseende IT-system av liknande art. Det krävdes vidare att IT-systemet skulle vara utvecklat i en sådan omfattning att huvuddelen av den i anbudet föreslagna lösningen, på åtminstone en referensinstallation, tagits i drift. Till styrkande av kravet skulle anbudsgivarna bifoga ifyllda referensblanketter signerade av referenten. Det framgick vidare att regionen förbehöll sig rätten att ta egna, interna, referenser avseende tidigare införandeprojekt av motsvarande system som efterfrågas. Utvärdering skulle ske genom att det till anbudspriset skulle läggas ett prispåslag om anbudsgivarnas system inte uppfyllde ställda börkrav samt för utfallet av referenstagning. Vid utvärdering av bolagets anbud har regionen använt sig av en intern referens och därvid åsatt bolaget 1 poäng av 30 möjliga. Av den referensblankett som upprättats internt hos regionen anges bland annat att leveransen avsåg ett uppdrag där systemet inte driftsatts och att kontraktet hävdes.

Eftersom referensprojektet skulle avse en godkänd leverans kan regionens egna referens - enligt föreskrifterna i förfrågningsunderlaget - inte användas som grund för utvärderingen. Förfrågningsunderlaget ger inte någon möjlighet att återropa referensprojekt avseende icke godkända eller driftsatta leveranser. Det kan inte anses förenligt med regelverket att beakta en referens som inte uppfyller kravet på att leveransen ska vara godkänd om inte samma möjlighet att återropa referensprojekt avseende ej godkända leveranser finns för referenser som avser projekt där någon annan än regionen är beställare. Genom att beakta en referens som inte uppfyller ställda krav har regionen brutit mot LOU och de underliggande unionsrättsliga principerna, främst principerna om likabehandling och transparens. Regionens referens gavs vidare så sent som den 26 oktober 2016 vilket är långt efter det att regionen tagit del av anbuderna och anbudsgivarna lämnat in övriga referensblanketter. Detta har inneburit att regionen har kunnat bilda sig en uppfattning om vilket resultat utvärderingen av anbuderna skulle leda till och vilka anbudsgivare som var aktuella att tilldelas kontraktet. Regionen har därmed godtyckligt kunnat styra utfallet av utvärderingen så att en viss anbudsgivare erhöll kontraktet. En sådan användning av möjligheten att använda egna referenser är inte bara i strid med det aktuella förfrågningsunderlaget utan är också direkt otillbörlig.

Även om bolaget inte delar den bild av bolagets genomförande av det förra projektet som regionens poängsättning påvisar finns det inte några rättsliga möjligheter att inom ramen för en överprövningsprocess ifrågasätta de poäng som givits av referenterna. Detta är också anledningen till att användande av egenreferenser inte får missbrukas eller användas på ett otillbörligt sätt, och att det måste finnas klara och tydliga regler för hur sådan referenstagning ska gå till, och hur dessa referenser ska användas och utvärderas, så att hanteringen på ett objektivt och transparent sätt tillförsäkrar anbudsgivarna en rättvis och lika behandling. För att referenser ska kunna användas vid kvalificering eller vid utvärdering är det av avgörande betydelse

vad som ska bedömas, så att leverantörerna kan tillförsäkras en så transparent och lika behandling som möjligt. På motsvarande sätt som en anbudsgivare inte får åberopa ett halvfärdigt referensprojekt kan inte heller regionen använda sig av ett halvfärdigt referensprojekt för sina egna referenser. Att regionen använt sig av samma referensblankett som har gällt för andra referenser tyder på att det även varit regionens uppfattning att samma krav och villkor som gäller för övriga referenser även ska gälla för dess egna referenser. För det fall kravet att referensprojekt ska avse godkända leveranser inte skulle anses gälla för regionens egna interna referenser brister kraven på den interna referenstagningen i transparens. Om föreskrifterna om referenstagning från andra kunder än regionen respektive från regionen är alternativa framgår det inte på något sätt i förfrågningsunderlaget hur den interna referenstagningen ska gå till, vilka typer av projekt som regionen kan ta hänsyn till, hur långt det aktuella projektet måste ha fortskridit m.m. Det finns inte någon hänvisning till att motsvarande blankett, frågor och poängsättning som ska användas för referenser från andra kunder också ska användas vid regionens egen referensgivning. Transparensbristen har medfört att bolaget inte har kunnat bedöma förutsättningarna för anbudsgivning och inte har kunnat utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Även i denna situation har bolaget fråntagits möjligheten att tilldelas kontrakt och har därigenom riskerat att lida skada. Bolaget lämnade anbud med lägst pris men hamnade på andra plats i den slutliga utvärderingen. Om den interna referensen inte beaktats hade bolaget erhållit 28 poäng för referenser och i stället fått ett totalt prispåslag (inklusive påslag för ej uppfyllda bör-krav) om 415 663 kronor och hade därmed vunnit upphandlingen. Bolaget hade även vunnit upphandlingen om den interna referensen beaktats men regionen hade gett bolaget minst 10 poäng för referensen.

Regionen bestrider bolagets yrkanden och anför bland annat följande. Det är i och för sig riktigt att det av förfrågningsunderlaget framgår att efterfrågat referensuppdrag måste avse en godkänd leverans. Skrivelsen i för-

frågningsunderlaget anger dock explicit att det ska vara fråga om godkänd leverans till extern kund. Det framgår vidare tydligt av förfrågningsunderlaget att regionen förbehållit sig rätten att ta egna referenser avseende tidigare införandeprojekt. Ett införandeprojekt behöver inte med nödvändighet omfatta en godkänd leverans, utan kan mycket väl avse ett samarbete/-införandeprojekt där godkänd leverans inte har kommit till stånd. Regionen har alltså haft möjlighet att ta intern referens utan att någon godkänd leverans har kommit till stånd. Att regionen förbehållit sig rätten att agera referent även i fall där godkänd leverans inte har kommit till stånd står inte i strid med LOU. Det relevanta är inte *vad* (i form av godkänd leverans eller andra tidigare skeden) som betygsätts utan *hur* bedömningen genomförs. Samma referensblankett har använts för såväl externa som interna referenser och det som är relevant är att intern referent har fått betygsätta samma bedömningsgrunder som extern referent. En konsekvens av bolagets resonemang skulle vara att interna referenser inte skulle få beaktas i de fall det finns en tidigare affärsrelation präglad av bristande fullgörande, allvarligt fel i yrkesutövningen eller andra allvarliga brister i fullgörande av kontrakt och därför har avslutats innan någon godkänd leverans kommit till stånd. En upphandlande myndighet måste kunna förbehålla sig rätten att ta till vara på den kunskap den har om en leverantör vare sig det avser en godkänd leverans eller inte, i synnerhet när detta har angetts i förfrågningsunderlaget. Någon oklarhet i förfrågningsunderlaget kan inte göras gällande. Även om förfrågningsunderlaget skulle anses vara behäftat med någon brist så är den inte av sådan art eller omfattning att den skulle fäktas mot de principer som bär upp LOU. Samtliga anbud har bedömts objektivt och alla anbudsgivare har givits samma förutsättningar att avge ett konkurrenskraftigt anbud. Anbuden har därefter bedömts i enlighet med förfrågningsunderlaget. Kravets formulering och ordalydelse måste under alla förhållanden vara tillräckligt för att bolaget med utgångspunkt i underlaget skall ha kunnat skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling har genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, som trädde i kraft den 1 januari 2017, upphävts. Av övergångsbestämmelser framgår dock att den upphävda lagen gäller för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Den aktuella upphandlingen påbörjades före den 1 januari 2017. Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) är därför tillämplig.

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning endast på de omständigheter som sökanden åberopar, jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2009 ref. 69. Frågan i målet är om det föreligger skäl för ingripande enligt LOU på de grunder som bolaget anfört.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. För att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, utan sökanden ska visa att han har lidit skada eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (HFD 2013 ref. 53).

Bolaget har gjort gällande att regionen felaktigt använt sig av egen referens vid poängsättning och utvärdering av bolagets anbud.

I upphandlingens Administrativa föreskrifter, avsnitt 2.6.4 *Erfarenhet och kompetens*, anges följande:

Anbudsgivaren ska ha erfarenhet av kunder som har liknande uppdrag, det vill säga erfarenhet från mikrobiologisk verksamhet och kunna kommunicera med de termer och begrepp som används inom denna verksamhet. Anbudsgivaren ska bekräfta detta genom att redovisa minst en (1) godkänd leverans (för en extern kund) avseende IT-system av liknande art.

IT-systemet ska vara utvecklat i en sådan omfattning att huvuddelen av den i anbudet föreslagna lösningen, på åtminstone en referensinstallation, tagits i drift. Detta ska kunna verifieras via minst en lämnad referens.

Anbudsgivaren ska till anbudet bifoga ifyllda referensblanketter signerade av referenten, se bilaga 1B och 1C.

För referensuppdraget ska en beskrivning bifogas enligt Bilaga 1B. Referenten ska besvara frågorna i Bilaga 1C och bifoga bilaga till anbudet, Referensbilagorna ska undertecknas av referenten, scannas in och bifogas anbudet i PDF-format.

Landstinget kan komma att kontakta referenten för att verifiera att lämnade uppgifter är korrekta.

Landstinget förbehåller sig rätten att ta egna, interna, referenser avseende tidigare införandeprojekt av motsvarande system som här efterfrågas.

I Administrativa föreskrifter 6.5 *Referensbetyg* anges följande:

[...]

Landstinget förbehåller sig rätten att ta egna, interna, referenser avseende eventuellt tidigare införandeprojekt av motsvarande system som har efterfrågas. Referensbetyg från landstingets referens kommer i sådant fall användas i utvärderingen, varvid bortses från anbudsgivarens referensbetyg i anbudet.

Av praxis framgår att det är möjligt för en upphandlande myndighet att använda sig av egna referenser, så länge referenstagningen sker på ett objektivt sätt så att inte de grundläggande principerna om likabehandling och transparens träds för när (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 november 2010 i mål nr 2505-10). Ett förfarande att använda egna referenser strider således inte generellt sett mot LOU och principen om likabehandling.

Det kan dock inte anses vara i enlighet med LOU och de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna att en upphandlande myndighet lägger egna referenser till grund för bedömningen om den upphandlande myndigheten inte har någon tidigare erfarenhet av anbudsgivaren att basera sin bedömning på (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 1 juni 2009 i mål nr 788-09).

Den bakomliggande tanken med att referenser ska lämnas vid anbud är att referenserna ska ge en rättvisande och objektiv bild av hur leverantören tidigare har utfört liknande uppdrag. Avsikten är inte att leverantören själv ska kunna välja vilken bild av denne som ska visas. En generell möjlighet för regionen att utvärdera och poängsätta i de fall leverantören tidigare har utfört uppdrag av liknande art för dem måste därför enligt förvaltningsrättens mening anses vara ett rimligt och proportionerligt ställt krav för att säkerställa att upphandlande myndighet kan utröna vilken tjänst som är ekonomiskt mest fördelaktig. Det skulle däremot vara ett klart avsteg från LOU och de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om upphandlande myndighet åberopar en viss erfarenhet av anbudsgivaren hämtat från ett sammanhang som inte täcks av förfrågningsunderlaget.

I det nu aktuella fallet har regionens egenreferens inte avsett en godkänd leverans utan ett projekt som inte avslutats. Förvaltningsrätten anser att detta inte står i strid med förfrågningsunderlagets lydelse om att referensen kan avse ett tidigare införandeprojekt.

Som förfrågningsunderlaget är utformat utesluter kravet inte att en eventuell intern referens kan omfatta erfarenheter som i viss mån skiljer sig från de krav som ställts på övriga referenser. Enligt förvaltningsrättens mening får därför ordalydelsen ”tidigare införandeprojekt” även anses inbegripa misslyckade sådana. Regionens erfarenhet av bolaget har därvid varit relevant som bedömningsgrund i den aktuella upphandlingen. Av betydelse för den

bedömningen är även att det av regionen refererade projektet avser samma projekt som regionen nu upphandlar. Bolaget har inte heller i övrigt visat att det blivit otillbörligt betygsatt av regionens egen referens på ett sådant sätt att det skulle innebära en överträdelse av transparens- eller likabehandlingsprincipen. Förvaltningsrätten konstaterar att det är den upphandlande myndigheten som, inom godtagbara ramar, själv bestämmer innehållet i en upphandling. Till detta hör också hur poängsättning av kriterierna för upphandlingen ska göras. Sammantaget följer av det anförda att bolaget inte visat att det finns skäl för ingripande med stöd av 16 kap. 6 § LOU. Ansökan om överprövning ska således avslås.

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

Per-Erik Nistér
f.d. rådman

Målet har handlagts av föredraganden Nicklas Rydgren.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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. 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 överklagandet för offentlig part räknas 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

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

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.