

PM 2 2007-12-12 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (otillåten utestängning av leverantörer).

Stockholms stad har vid upphandling av renhållningstjänster till synes godtyckligt och utan rättslig grund beslutat utesluta vissa leverantörer från att få sina anbud värderade och bedömda.

Stockholms stad (nedan Staden) inhämtade i april 2007¹ genom Trafik- och renhållningsnämnden (Trafikkontoret) anbud avseende tjänster för manuell insamling och transport av hushållsavfall från stadsdelarna Norrmalm/Vasastaden och Kungsholmen (dnr. 05-0096/07)². Upphandlingen avser perioden den 1 april 2008 till och med den 31 mars 2012, med möjlighet till förlängning i sammanlagt två år (4+2 år). Handläggningen skall enligt punkten 2.1 i förfrågningsunderlaget ske som en öppen upphandling av A-tjänster över tröskelvärdet. Tilldelning skall enligt punkterna 4.3 och 4.4 i förfrågningsunderlaget ske till den anbudsgivare som uppfyller ställda kvalificeringskrav och som har lägst jämförelsetal enligt en i underlaget redovisad viktningmodell där anbudets jämförelsetal räknas ut som en funktion av anbudets ”lämnade pris” och summan av anbudsgivarens poäng för fordon och certifiering.³

För kvalificering av anbudsgivare skall förekommande anbud enligt punkten 2.6.1. i underlaget innehålla bland annat uppgift om ”[t]vå referenser med uppdrag av hämtning av avfall eller liknande verksamhet åt beställaren och/eller andra uppdragsgivare som utförts av anbudsgivaren under de senaste tre åren [...]. Har anbudsgivaren uppdrag åt [Staden] ska denna anges som en av de två referenserna. Referenserna ska anges med kontaktuppgifter”. Vidare redovisas (punkten 3.4) att vid referenstagningen kommer ett antal påståenden att ges till referenten att bedöma utifrån hur väl påståendena passar. Påståendena kommer att betygssättas i en skala 1 – 6 där 6 motsvarar betyget ”Bästa tänkbara”. För att anbudsgivaren skall erhålla godtagbara referenser måste svaren på påståendena i medeltal vara minst 3. Själva referenstagningen skall utföras av en utomstående konsult.

Vid anbudstidens utgång, den 21 juni 2007, registrerades åtta inkomna anbud (Anbud A-H). Av dessa uteslöts två anbudsgivare redan vid kvalifikationsfasen. Deras anbud upptogs aldrig till slutlig värdering eller beslut om tilldelning. Som skäl för att utesluta de båda anbudsgivarna åberopade Staden att dessa saknat tillräckliga ”referenser”. Beslut om tilldelning⁴ fattades den 11 juli 2007.

Av tillgänglig dokumentation framgår att Staden för var och en av de uteslutna leverantörerna har inhämtat och protokollfört muntliga referensomdömen, dels från namngivna externa referenter, dels från en anonym källa inom Trafikkontoret.⁵ Referenstagningen, vilken omfattade ett frågeformulär om 20 frågor, utföll på så sätt att de båda anbudsgivarna genomgående erhöll goda

¹ Upphandlingen annonserades i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) den 30 april 2007. Upphandlingsunderlaget är daterat samma dag.

² Förfrågningsunderlaget är daterat den 30 april 2007. Enligt punkten 1.3.1 i underlaget omfattar upphandlingen områdena 3 och 4 av totalt tolv delområden i Stockholms stad. Område 3 omfattar Kungsholmen, Lilla och Stora Essingen. Område 4 omfattar ett område som begränsas av stadsgränsen – Norrtull – Sveavägen – Sveaplan – Sveavägen – Hamngatan – Kungsträdgårdsgatan – Norrström – Klara Sjö – Barnhusviken – stadsgränsen.

³ Anbudets jämförelsetal skall enligt punkterna 4.3. och 4.4. i förfrågningsunderlaget beräknas enligt följande. Anbudspriset skall beräknas genom att anbudsgivarens pris per behållartyp multipliceras med antalet behållare av motsvarande typ. Summan av detta ger anbudsgivarens ”lämnade pris”. Därjämte skall anbudet tilldelas poäng enligt följande: Uppfyller i anbudet förekommande fordon vissa i underlaget redovisade miljökrav ger detta 6+3 poäng (maximalt 8 poäng). Kan anbudsgivaren även redovisa ett miljöledningssystem enligt ISO 14001 eller motsvarande eller ett kvalitetsledningssystem enligt ISO 9000-serien eller motsvarande ger detta vardera 1 poäng (maximalt 2 poäng). Totalt kan till grund för beräkningen av jämförelsetal ett anbud således tilldelas 11 poäng. Utvärdering skall därefter genomföras enligt en formel där anbudets jämförelsetal = ”lämnat pris” (1 + (11-Anbudetspoäng)/100), där 11 är anbudsgivarens maximala poäng och anbudets poäng är summan av anbudsgivarens poäng för fordon och certifiering. Som exempel på hur uträkningen skall gå till redovisas i underlaget följande: Anbudsgivarens lämnade pris är 100 000 kr. Anbudsgivaren uppger att de fordon som används i uppdraget är av miljöklass 2008, tilldelas 2 poäng. Anbudsgivaren är ISO 14001 certifierad, tilldelas 1 poäng; Anbudets jämförelsetal = 100 000*(1+(11-3)/100) = 108 000.

⁴ Stockholms stad, ”Tilldelningsbeslut för upphandlingen ’Manuell insamling och transport av avfall från delområde 3 och delområde 4’”, meddelat den 11 juli 2007 (dnr. 05-0096/07). Av beslutet framgår bl.a. följande ”Antal utvärderade anbud Sex anbud uppfyllde kvalificeringskraven, Två anbudsgivare uppfyllde inte kvalificeringskraven”.

⁵ Som uppgiftslämnare är i protokollet antecknat ”Gemensam bedömning Trafikkontoret avfall”.

eller mycket goda referensomdömen från de externa referensgivarna (medeltal över 5) medan motsvarande omdömen från Trafikkontoret visade icke godtagbart resultat (medeltal under 3).⁶

Det har vidare framkommit under hand att den anonyma referenten vid Trafikkontoret tydligen är identisk med en tjänsteman som även är upphandlingsansvarig handläggare.⁷ Den aktuella tjänstemannen har således låtit tillfråga sig själv om referensomdömen angående de båda anbudsgivarna, samt på grundval av dessa (sina egna) omdömen funnit att anbudsgivarna inte uppfyller för upphandlingen ställt kvalifikationskrav avseende godkända referenser.

Upphandlingens värde kan med ledning av inkomna anbud uppskattas till c:a 1,7 miljoner kronor per månad. Således kan det samlade s.k. *kontraktsvärdet* enligt gällande beräkningsbestämmelser¹² uppskattas till totalt c:a 79,4 miljoner kronor. Upphandlingens verkliga värde är dock väsentligt högre, c:a 120 miljoner kronor under kontraktets fulla löptid, inklusive förlängningsår.⁸

Mot Stadens ovan angivna tilldelningsbeslut har den ene av de båda uteslutna leverantörerna klagat genom överprövning enligt LOU. Länsrätten i Stockholms län har genom lagakraftvunnen dom den 14 september 2007 förordnat om att Staden får avsluta den klandrade upphandlingen först sedan den rättats på så sätt att den klagande leverantörens anbud skall upptas till prövning vid anbudsvärderingen.⁹ Därefter har Staden, den 18 september 2007, beslutat om ny tilldelning i upphandlingen, varvid upptogs och värderades också de tidigare uteslutna leverantörernas anbud. Även detta nya beslut om tilldelning har upphävts genom ingripande av länsrätt¹⁰ (i denna del, se Konkurrenskommissionens utredning KKO 07-025).

Gällande rätt

All offentlig upphandling och vad som därmed äger samband regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande tjänster utgör s.k. A-tjänster (kategori 16) enligt bilaga A till LOU. Om det samlade *kontraktsvärdet*¹¹ överstiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,826 miljoner kronor¹² skall tjänsterna upphandlas enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU. Lagen bygger i här aktuellt avseende på Europeiska rådets direktiv 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (det s.k. tjänsteupphandlingsdirektivet), jämte ändringsdirektiv. Dessa direktiv har numera ersatts av Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet),

⁶ I det fall som sedermera prövats i domstol, utföll referenstagningen på ett sådant sätt att den externa referenten gav ett medelbetyg på 5,45 av totalt 6 möjliga poäng medan Trafikkontorets internt inhämtade omdömen om anbudsgivaren hamnade på medelbetyget 2,9 av 6.

⁷ Stockholms stad, yttrande till Länsrätten i Stockholms län den 8 augusti 2007 i mål 16107-07, aktbilaga 25.

⁸ I anbuden anges vinnande anbudsgivarens pris till 397.000 kr/vecka (164.998,60 + 323.144,39 = 397.132,99) Kontraktsvärdet har räknats ut på följande sätt. Månadsvärdet av de aktuella tjänsterna uppgår till = 1,654 miljoner kr (397.000 x 50/12 = 1.654.000) .Detta månadsvärde x 48 (lagens maximivärde) uppgår till 79,392 miljoner kronor. Det verkliga värdet av upphandlingen, vilken inklusive förlängningsår omfattar totalt sex år (4+2 år), kan enligt samma beräkningsmodell uppskattas till c:a 119,1 miljoner kronor, exklusive indexuppräknning.

⁹ Länsrätten i Stockholms län, dom den 14 september 2007 i mål 16107-07.

¹⁰ Se Länsrätten i Stockholms län, dom den 14 september 2007 i mål 16107-07. Talan om överprövning med yrkande om rättelse hade väckts av den såsom tvåa rangordnade anbudsgivare vilken vid en ny tilldelning skulle ha haft chans att tilldelats det aktuella kontraktet. Länsrätten biföll talan såtillvida att den konstaterade att det antagna anbudet var orent. Istället för rättelse förordnade emellertid länsrätten att upphandlingen skall göras om. Domen överklagades med yrkande om rättelse istället för omgörelse. Genom beslut den 2 november 2007 i mål 7446-07 avvisade Kammarrätten i Stockholm överklagandet. Överprövning hade bifallits, menade kammarrätten, och därutöver är domstolen, oberoende av vad som yrkats i målet, fri att välja mellan rättsföljderna omgörelse eller rättelse (se RÅ 2005 ref. 47). Den överklagade domen har enligt kammarrätten således inte gått anbudsgivaren emot. Denna senare rättsfråga, avseende bristande s.k. kontraritet, prövas nu av Regeringsrätten.

¹¹ Om ett upphandlingskontrakt avseende tjänster inte anger något totalpris skall kontraktsvärdet enligt 5 kap. 7 § LOU beräknas till det fulla värdet av tjänsterna under kontraktets löptid om denna är högst 48 månader och till månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.

¹² Se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Gällande tröskelvärdet från och med den 1 januari 2006.

vilket sedan den 1 februari 2006 gäller med för Sverige bindande s.k. direkt effekt i sina obligatoriska delar.¹³

Skyldighet att följa lagen om offentlig upphandling åvilar samtliga statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting, vilka enligt lagens terminologi benämns som ”*upphandlande enheter*”. Tillsynen över lagen utövades vid tidpunkten för det aktuella tilldelningsbeslutet av Nämnden för offentlig upphandling (NOU).¹⁴

Enligt huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU skall alla upphandlande enheter iaktta affärsmässighet och opartiskhet i sin inköpsverksamhet och därvid på bästa sätt utnyttja förefintlig konkurrens. Den därmed följande s.k. *likabehandlingsprincipen* föreskriver att samtliga tänkbara leverantörer skall ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud vid offentlig upphandling. Enskilda leverantörer eller grupper av leverantörer får inte ensidigt gynnas.

Lagen om offentlig upphandling skiljer mellan *kvalifikationsvärdering*, där anbudsgivarnas kvalifikationer att delta med anbud kontrolleras, och *anbudsvärdering*, där anbuden nollställs och värderas i enlighet med för upphandlingen uppställda kriterier. Vid upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap. LOU skall enligt 1 kap. 20 a § LOU den upphandlande enheten, innan den börjar pröva anbuden, pröva om anbudsgivarna eller anbudssökandena uppfyller de krav som ställts upp på leverantörer. Kvalifikationsvärderingen skall således tidsmässigt genomföras före anbudsvärderingen.

Förutsättningarna för kvalifikationsbedömning och beslut om uteslutning av leverantörer regleras genom 1 kap. 17 och 18 §§ LOU. I 1 kap. 17 § LOU räknas upp ett antal omständigheter som kan utgöra grund för uteslutning av leverantörer från vidare deltagande i upphandlingen. Enligt uppräknningen, som är uttömmande, kan uteslutning ske om leverantören: (1) är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare har inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud, (2) är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande, (3) är dömd för brott avseende yrkesutövningen enligt lagakraftvunnen dom, (4) har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande enheten kan visa detta, (5) inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, eller (6) i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna av upphandlande enheten begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av 1 kap. 17 eller 18 §§ LOU.

Således, för att en upphandlande enhet vid kvalifikationsbedömningen skall kunna utesluta en viss leverantör från fortsatt deltagande i upphandlingen på grund av brott eller allvarligt fel i yrkesutövningen krävs enligt lagtext jämte relevanta förarbetsuttalanden¹⁵ att enheten även skall kunna *visa* detta genom lagakraftvunnen dom eller myndighetsbeslut med likvärdig effekt.

Uteslutning kan även ske om leverantören inte bedöms uppfylla för upphandlingens ställda s.k. skall-krav avseende finansiell och ekonomisk ställning samt teknisk förmåga och kapacitet. Enligt 1 kap. 18 § andra stycket LOU skall den upphandlande enheten i annonsen om upphandling eller

¹³ Direktivet (2004/18/EG) har sedan den 1 februari 2006 trätt ikraft med för medlemsstaterna bindande s.k. direkt effekt. Direktivet har dock ännu inte implementerats i svensk nationell rätt. En proposition med förslag till nya lagar om offentlig upphandling (prop. 2006/07:128) har överlämnats till riksdagen.

¹⁴ Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling. Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret på Konkurrensverket.

¹⁵ Rekvisitet ”och den upphandlande enheten kan visa detta” framgår av artikel 29 d Europeiska rådets direktiv 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster och infördes i LOU genom en lagändring 1997 (se lagen 1997:1068, se även prop. 1996/97:153 s. 60). I det numera gällande s.k. klassiska upphandlingsdirektivet (Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/18/EEG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster) har den aktuella regleringen överförs ogravrad. I betänkandesatsen 43 till detta direktiv anges överträdelse av miljölagstiftningen eller lagstiftningen om otillåten samverkan vid offentlig upphandling vilka har lett till lagakraftvunnen dom eller beslut med likvärdig effekt som exempel på brott eller allvarligt fel i yrkesutövningen som skall kunna medföra uteslutning från offentlig upphandling (se prop. 2006/07:128, specialmotiveringen s. 390 överst). Av kravet enligt 1 kap. 17 § första stycket punkterna 3 och 4 LOU följer således att den upphandlande enheten skall kunna *visa* antingen en lagakraftvunnen dom eller ett myndighetsbeslut med likvärdig effekt varav framgår att den uteslutna leverantören i relevant hänseende har gjort sig skyldig till brott eller fel i yrkesutövningen.

inbjudan till anbudsgivning ange vilka bevis den vill ha avseende leverantörernas finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet. För upphandling enligt de direktivstyrda bestämmelserna i 2, 3 eller 5 kap. LOU framgår av förordningen (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling (bevisförordningen) vidare en uppräknning av vilka skriftliga bevis som den upphandlande enheten i dessa fall kan kräva. I fråga om anbudsgivarnas tekniska förmåga och kapacitet är uppräknningen uttömmande. Upphandlande enheter kan således inte kräva andra bevis avseende teknisk förmåga och kapacitet än sådana som nämns i förordningen.¹⁶

Som bevis om anbudsgivares tidigare tillhandahållna tjänster räknas enligt 7 § tredje stycket bevisförordningen en förteckning över de viktigaste tjänster som har tillhandahållits under de tre senaste åren, med uppgift om belopp och tidpunkt samt om mottagaren var en upphandlande enhet eller inte. För det fall att återopade tjänster har tillhandahållits en annan upphandlande skall bevis avseende detta lämnas i form av en *leveransattest*, d.v.s. ett intyg som har utfärdats eller attesterats av behörig myndighet. I övriga fall skall tillhandahållandet bekräftas av mottagaren eller, om detta inte är möjligt, av leverantören. Bevisförordningens ovan redovisade reglering följer numera även av artikel 48.2 a punkten ii) i det klassiska upphandlingsdirektivet,¹⁷ Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i anslutning till den aktuella regleringen uppgivit bl.a. följande:

”[Bevisförordningens uppräknning] av *bevis avseende leverantörens tekniska förmåga och kapacitet är däremot uttömmande*, dvs. endast de bevis som anges i förordningen får begäras in. Det är vanligt förekommande att upphandlande enheter ställer krav på leverantörens tidigare erfarenhet och som bevis på den begär referenser. De krav som ställs på tidigare erfarenheter får dock inte gå utöver vad som anges i förordningen om bevis. I förordningen anges bl.a. att en förteckning över de viktigaste leveranser (arbeten, tjänster) som utförts under de tre senaste åren (fem senaste åren för byggentreprenader) räknas som bevis på teknisk förmåga och kapacitet. Bevis för att leveransen har skett skall lämnas i form av intyg från referenskunderna eller i vissa fall genom att leveransen bekräftas av mottagaren. Leverantören kan således använda samma intyg vid flera upphandlingar. Om den upphandlande enheten väljer andra tillvägagångssätt för referenstagning riskerar den att förutom att ställa för långtgående och därmed otillåtna krav, även förorsaka anbudsgivaren ett omfattande merarbete” (NOU:s markering med kursiverad text)¹⁸

Bevisförordningen och LOU tar i nu relevant avseende således sikte enbart på ett intygande av att tjänster av visst slag tidigare har tillhandahållits av en viss anbudsgivare. Något utrymme för bedömning även av hur väl tjänsterna har utförts lämnas inte. *Referenser* i den mening som ordet normalt brukar användas – innefattande omdömen om en viss utförares allmänna förmåga och kapacitet – får således inte komma ifråga vid kvalifikationsbedömningen i en upphandling enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 2, 3 eller 5 kap. LOU. I den mån referenser överhuvudtaget kan komma ifråga som urvalskriterium i dylika upphandlingar¹⁹ måste detta ske inom själva anbudsvärderingen, där i förfrågningsunderlaget angivna omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, samt miljöpåverkan m.m. (s.k. värderingskrav eller bör-krav) vägs mot varandra i enlighet med en i

¹⁶ Detta formaliserade regelverk förklaras av att vid upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap. LOU anbud skall kunna komma ifråga även från utländska företag, vilka skall prövas likvärdigt med inhemska anbud. Allt som innebär risk för (eller möjlighet till) särbehandling på nationell grund - exempelvis referensomdömen där skillnader i språk och kultur kan medföra risk för diskriminering – har därför i viss mån eliminerats från upphandlingsprocessen.

¹⁷ Se förslaget till svensk implementering i 11 kap. 11 § andra stycket punkten 2 samt tredje och fjärde stycket förslaget till ny lag om offentlig upphandling, se prop. 2006/07:128, författningsförslaget s. 35 samt specialmotiveringen s. 399.

¹⁸ Nämnden för offentlig upphandling (NOU), NOU-info mars 2004, s. 14.

¹⁹ Avseende internt inom den upphandlande enheten inhämtade omdömen om viss leverantör (*internreferenser*), vilka i enlighet med vad som har tidigare har redovisats i vissa fall skulle kunna återopas vid anbudsvärderingsfasen av en upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap. LOU eller vid både kvalifikationsvärderingsfasen och utvärderingsfasen vid upphandling enligt 6 kap. LOU, har Nämnden för offentlig upphandling (NOU) uttalat bl.a. följande: ”Det finns ingen generell rätt att förkasta anbud enbart p.g.a. det förhållandet att de tjänstemän som sköter upphandlingen inte kommer överens med anbudsgivaren på ett personligt plan eller ligger i tvist med denne. [Den upphandlande enheten] får endast bedöma anbudsgivarens förutsättningar att uppfylla de utvärderingskriterier som uppställts i förfrågningsunderlaget. En tvist eller personlig motsättning som uppkommit av att anbudsgivaren i ett tidigare uppdrag inte uppfyllt sina åligganden, borde dock kunna påverka valet av leverantör lika väl som om en sådan uppgift erhållits via en referens. Självfallet bör en sådan uppgift inte ligga för långt tillbaka i tiden och i övrigt vara relevant för den senare upphandlingen. Likaså måste uppgiften rimligen vara av inte oväsentlig betydelse (proportionalitetsprincipen) och ha samband med den upphandlade tjänsten [...] Att leverantören brutit i avtalade förpliktelser borde normalt kunna läggas leverantören till last. Har å andra sidan parterna olika uppfattningar om t.ex. avtalets innehåll torde detta inte utan vidare diskvalificera anbudsgivaren.” (se NOU-info mars 1998, s. 16).

förväg redovisad viktning (jfr 1 kap. 22 § LOU). Värt att notera är att vid en dylik bedömning hänsyn får tas enbart till anbudens innehåll (de offererade tjänsterna) medan sådana omständigheter som hänför sig till anbudsgivarna eller anbudssökandena individuella förhållanden (kvalifikationskrav) inte får prövas (jfr 1 kap. 20 a § LOU).

Av den rättsliga bedömning som Länsrätten i Stockholms län har genomfört avseende Stadens nu aktuella upphandling, framgår bl.a. följande:

“Enligt länsrättens uppfattning följer det av 1 kap. 18 § LOU och 7 § bevisförordningen att det vid kvalificeringsbedömningen inte är tillåtet att beakta andra bevis om en leverantörs tekniska förmåga och kapacitet än sådana bevis som anges i 7 § bevisförordningen. Stöd för den tolkningen ges även i artikel 48 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. I artikeln föreskrivs att en ekonomisk aktörs tekniska och/eller yrkesmässiga kapacitet skall bedömas och kontrolleras i enlighet med vad som närmare föreskrivs om bevis i punkterna 2 och 3 i artikeln. Uppräkningen i artikeln anses vara uttömmande (se prop. 2006/07:128 s. 399). Det kan noteras att de bevis som anges i punkterna 2 och 3 - med undantag för byggtreprenader - inte tar sikte på hur väl tidigare tjänster har utförts.

Länsrätten finner mot bakgrund av det ovan anförda att det i den aktuella upphandlingen tillämpade förfarandet att vid kvalificeringsbedömningen beakta referenser på sätt som gjorts strider mot 1 kap. 18 § LOU och bevisförordningen samt mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Vad [Staden] anför om att referenstagningen är utformad som ett skall-krav och framgår av förfrågningsunderlaget föranleder inte någon annan bedömning. Bolaget får anses ha visat att bristen är sådan att den medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Det föreligger därför grund för åtgärd med stöd av 7 kap. 2 § LOU. Med hänsyn till omständigheterna finner länsrätten att det är tillräckligt att rättelse sker på så sätt att en ny anbudsutvärdering görs varvid även bolagets anbud skall prövas.”²⁰

Yttrande

Stockholms stad har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats, men skriftligen meddelat att kommunen inte avser att avge något yttrande i ärendet.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Stadens här aktuella upphandling avseende renhållningstjänster för c:a 120 miljoner kronor i stadsdelarna Norrmalm/Vasastaden och Kungsholmen omfattar A-tjänster till ett sådant högt värde att bestämmelserna i 5 kap. LOU är tillämpliga på upphandlingen. Även det klassiska upphandlingsdirektivets (2004/18/EG) och bevisförordningens bestämmelser skall tillämpas.

Av utredningen framgår att Staden har utformat kvalifikationskraven på sådant sätt att anbudsgivarna, för att gå vidare och få sina anbud värderade, måste erhålla minst godkänt referensomdöme från två av varandra oberoende referensgivare. För anbudsgivare som tidigare har levererat aktuella renhållningstjänster till Staden gäller dessutom att det ena referensomdömet måste komma från Stadens egen renhållningsförvaltning (Trafikkontoret). Eftersom samma förvaltning också handlägger den aktuella upphandlingen, och det har visat sig att den tjänsteman som har avgivit aktuella referensomdömen också handlägger den aktuella upphandlingen, har Staden härigenom i praktiken förbehållit sig rätten att till synes godtyckligt och vid sidan av de uteslutningsgrunder som framgår av 1 kap. 17 § LOU, utesluta vissa anbudsgivare från att få sina anbud prövade.

Ett dylikt förfarande, som närmast kan jämföras med svartlistning, är emellertid inte tillåtet. Som framgår av 1 kap. 17 § LOU får uteslutning i här aktuellt avseende ske enbart om den upphandlande enheten genom lagakraftvunnen dom eller myndighetsbeslut med likvärdig effekt kan visa att viss anbudsgivare har gjort sig skyldig till brott eller allvarligt fel i yrkesutövningen. Någon dylik överträdelse har emellertid aldrig påståtts föreligga. Stadens beslut att på angiven

²⁰ Länsrätten i Stockholms län, lagakraftvunnen dom den 14 september 2007 i mål 16107-07, domskälen s. 13.

grund vid kvalifikationsprövningen utesluta de båda leverantörerna från att få sina anbud värderade strider således mot LOU och på området gällande EG-direktiv.

Även förfarandet att i den aktuella upphandlingen lägga egenhämtade referenser till grund för kvalifikationsprövning strider mot gällande reglering. Som framgår av 1 kap. 18 § andra stycket LOU och bevisförordningens ovan redovisade bestämmelser skall den upphandlande enheten i förväg ange vilka bevis den vill ha avseende teknisk förmåga och kapacitet. Bevisen skall inges av anbudsgivarna, antingen i samband med anbudsgivningen eller på annat sätt. Det aktuella regelverket föreskriver således att anbudsgivarna ytterst disponerar över vilka bevis som skall läggas till grund för bedömningen huruvida de uppfyller ställda kvalifikationskrav. Den upphandlande enheten medges inte någon motsvarande möjlighet att på eget initiativ att inhämta muntliga eller skriftliga bevis.

När det sedan gäller Stadens krav på ”godtagbara referenser”, får några omdömen överhuvudtaget inte läggas till grund för kvalifikationsprövningen vid upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap. LOU. Förbudet omfattar skriftliga såväl som muntliga omdömen och gäller oberoende av om uppgifterna inhämtas internt eller externt. Den enda omständighet som i här aktuellt avseende får beaktas är en förteckning över de viktigaste tjänster som har tillhandahållits av anbudsgivaren under de tre senaste åren, med uppgift om belopp och tidpunkt samt om mottagaren var en upphandlande enhet eller inte. Förteckningen kan styrkas genom skriftliga bevis i form av s.k. *leveransattester*, där referenten bekräftar riktigheten av de åberopade uppgifterna. Såsom länsrätten särskilt har noterat i sina ovan redovisade domskäl tar nämnda leveransattester inte sikte på hur väl tidigare tjänster har utförts. Någon möjlighet att i kvalifikationsfasen särskilt beakta externa eller interna omdömen avseende anbudsgivarnas tekniska förmåga och kapacitet har således aldrig förelegat.

Sammantaget har Staden inte handlagt den aktuella upphandlingen på ett affärsmässigt sätt i enlighet med bestämmelserna i bevisförordningen jämte LOU och bakomliggande EG-direktiv. Förfarandet har härigenom snedvridit konkurrensen.