



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen

**DOM**  
2013-07-11  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
10110-13

**SÖKANDE**

TDC Sverige AB, 556465-8507  
Box 799  
191 27 Sollentuna

Ombud: Advokaterna Fredrik Linder och Mikael Dubois  
Hamilton Advokatbyrå KB  
Box 715  
101 33 Stockholm

**MOTPART**

Kammarkollegiet  
Box 2218  
103 15 Stockholm

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2013-07-12	
<b>Avd</b>	
<b>Dnr</b>	
<b>KSnr</b>	<b>Aktbil</b>

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller TDC Sverige AB:s ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 366637

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

**YRKANDEN M.M.**

Statens Inköpscentral vid Kammarkollegiet (Kammarkollegiet) genomför upphandling av ramavtal som avser produkter, tjänster och funktioner inom digitala möten för stat, kommun och landsting. Upphandlingen är genomförd med selektivt förfarande enligt 4 kap. 1 § LOU.

I selekteringsbeslut den 4 mars 2013 tillkännagav Kammarkollegiet att TDC Sverige AB (bolaget) inte uppfyllt samtliga skall-krav och att bolaget därför inte kvalificerat sig till urval.

**Bolaget** har ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Skall-kravet i punkt 4.12 i ansökningsinbjudan, att tjänste- och funktionsområdenas startdatum avseende de av Kammarkollegiet begärda referenser inte ska vara äldre än 2008-12-01, innebär att det bevis som Kammarkollegiet begärt går utöver den uttömmande beviskatalog som anges i 11 kap. 11 § LOU. Skall-kravet strider således mot 11 kap. 11 § LOU. De referenser som efterfrågas i punkt 4.12 i ansökningsinbjudan anges i ett avsnitt som benämns "Kapacitet och teknisk förmåga". Referenser är vidare avsedda att styrka anbudssökandenas förmåga att utföra uppdrag inom de aktuella områdena i upphandlingen. De referenser som efterfrågas i punkt 4.12 i ansökningsinbjudan är således avsedda att styrka sådan kapacitet som avses i 11 kap. 10 § LOU, och som därmed endast får styrkas med någon av de bevis som anges i 11 kap. 11 § LOU. Skall-kravet i punkt 4.12 i ansökningsinbjudan avseende startdatum innebär att referenser avseende vissa uppdrag som faktiskt utförts under de senaste tre åren inte accepteras

som bevis, nämligen om de aktuella uppdragen haft ett startdatum innan 2008-12-01. Kammarkollegiet har därmed infört en sådan kvalificering av vilka bevis som accepteras som strider mot 11 kap. 11 § LOU. Innerbörden av skall-kravet är vidare att leverans av de aktuella tjänste- och funktionsområdena inte får ha pågått längre än drygt fyra år. Således har Kammarkollegiet uppställt ett krav att leverans av de aktuella tjänste- och funktionsområdena ska ha pågått under en viss tid, vilket Kammarrätten i Stockholm i dom i mål nr 6528-10 uttryckligen har fastställt stå i strid med 11 kap. 11 § LOU.

Skall-kravet i punkt 4.12 i ansökningsinbjudan, att tjänste- och funktionsområdenas startdatum avseende de av bolaget begärda referenserna inte ska vara äldre än 2008-12-01, strider mot proportionalitetsprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Syftet med att ställa upp ett krav som innebär att referensuppdrags startdatum inte får vara tidigare än ett visst datum, torde vara att tillse att leverantörerna inte åberopar uppdrag som ligger för långt tillbaka i tiden för att styrka sin kapacitet, dvs. att uppdragen som åberopas måste vara färska. Vad gäller det första steget i bedömningen av om proportionalitetsprincipen åsidosatts kan följande anföras. Det aktuella skall-kravet i punkt 4.12 i ansökningsinbjudan medför att inget uppdrag, där startdatumet för de aktuella tjänste- och funktionsområdena ligger längre tillbaka än 2008-12-01, får åberopas som referensuppdrag i upphandlingen. Det innebär alltså att även om uppdraget som anbudsgivaren åberopar för att visa sin kapacitet faktiskt ligger nära i tiden eller är pågående, så får anbudsgivaren inte åberopa detta uppdrag om man härutöver har utfört samma uppdrag under tiden innan 2008-12-01. Det aktuella skall-kravet avseende startdatum resulterar således i att vissa färska uppdrag inte kan åberopas i upphandlingen, varför skall-kravet uppenbarligen inte kan anses lämpligt eller effektivt för att uppnå angivet syfte. Det kan tilläggas att hanteringen av bolagets ansökan i upphandlingen är ett utmärkt exempel på vad som nu beskrivits. Bolaget

har utfört de aktuella tjänste- och funktionsområdena under hela tiden från det angivna startdatumet (2001-01-01) fram till dess att anbudsansökan gavs in. Det aktuella uppdraget är fortfarande pågående. Ändå har bolaget diskvalificerats på grund av det aktuella skall-kravet. Bolaget har således inte diskvalificerats för att man inte har åberopat ett färskt uppdrag för att visa sin kapacitet, utan för att man härutöver utfört uppdrag av samma karaktär under tiden innan 2008-12-01. En mindre ingripande åtgärd hade givetvis varit att godta också åberopande av uppdrag avseende de aktuella tjänste- och funktionsområdena, vars startdatum varit tidigare än 2008-12-01. Sådana färskta uppdrag som Kammarkollegiet eftersträvar hade ändå åberopats, eftersom ett annat skall-krav i punkt 4.12 i ansökningsinbjudan innebär att funktionerna i tjänste- och funktionsområdena måste vara levererade inom tre år från sista dag för inlämnandet av anbudsansökan. Det är således uppenbart att skall-kravet om tidigaste startdatum inte varit nödvändigt för att uppnå eftersträvat syfte. Den negativa effekten är att vissa leverantörer som åberopar färskta uppdrag för att visa sin kapacitet, vilket eftersträvas av bolaget i upphandlingen, utestängs från deltagande endast på grund av att man härutöver också tidigare har utfört samma uppdrag. Denna negativa effekt är uppenbart oproportionerlig i förhållande till syftet med det aktuella skall-kravet.

Avsnitt fyra i ansökningsinbjudan är rubricerat "Kapacitet och tekniskt förmåga". Vidare kan påpekas att "kapacitet" återfinns i samtliga underrubriker i punkterna 4.2 – 4.11 i ansökningsinbjudan. Redan dessa rubriker och innehållet i avsnitt 4 i ansökningsinbjudan där kravet på ingivande av referenser återfinns, tyder starkt på att vad som ska visas med referenserna är anbudssökandens yrkesmässiga kapacitet. Att referenserna ska styrka anbudssökandens förmåga är tydligt. Detta anges i första stycket i punkt 4.12 i ansökningsinbjudan: "Ansökande ska styrka sin förmåga att utföra referensuppdrag inom upphandlingsområdet genom en redovisning av referensuppdrag.". Bolaget vill understryka att "förmåga" och

”kapacitet” är språkliga synonymer. Ordet ”yrkeskunnande” nämns inte i någon del av upphandlingens underlag. Yrkeskunnande är vidare enligt bolagets uppfattning något annat än ”kapacitet” och ”förmåga”, då yrkeskunnande närmast avser anbudssökandens kompetens och skicklighet. I referensbilagan ska anges bl.a. uppgifter om referenskunden, tidsperiod för utförande av uppdrag och uppgift om vilket/vilka tjänste- och funktionsområden som referensuppdraget innefattat. Vad som sammantaget framkommer genom dessa uppgifter är om anbudssökanden har en viss yrkesmässig kapacitet eller inte. Slutligen vill bolaget anföra att även om förvaltningsrätten mot förmodan skulle anse att referenserna är avsedda att styrka anbudssökandenas yrkeskunnande enligt 11 kap. 13 § LOU, är den uttömmande beviskatalogen i 11 kap. 11 § LOU ändå tillämplig.

Bolaget har för referensuppdrag två angivit uppdragets startdatum. Det finns ingen som helst formulering, vare sig som Kammarkollegiet självt angivit i referensbilagan eller som bolaget angivit som svar avseende referensuppdrag två, som skulle tyda på att bolaget inkommit med ”uppgift avseende avtalets startdatum”. Skälet till att bolaget har uteslutits i upphandlingen är att Kammarkollegiet funnit att startdatumet för referensuppdrag två är tidigare än det startdatum som krävs enligt startdatumkravet. Det framgår också tydligt av selekteringsbeslutet.

**Kammarkollegiet** bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Bakgrunden till kravet var att säkerställa att anbudssökanden har förmåga att utföra uppdrag inom upphandlingsområdet. Därför uppställde Kammarkollegiet krav på att anbudssökanden skulle redovisa tidigare utförda referensuppdrag. I inbjudan framgår det att anbudssökanden skulle inkomma med totalt fem referensuppdrag. Referensuppdragen skulle avse

Allmänna avdelningen

uppdrag inom videokonferensutrustning utifrån Bilaga Referenser. Tidsbegränsningen är enbart begränsad till uppdraget och inte avtalets totala längd. Uppdraget kan vara en del av ett större åtaganden t.ex. en leverans i ett pågående avtal. Observera att det är det efterfrågade uppdraget som inte får vara äldre än den angivna tidsperioden i kravet. Det innebär att uppdraget får vara en del av ett avtal och att avtalet vara äldre än angiven tidsperiod. Tidsperioden avser alltså inte en avtalsperiod utan kravet är strikt kopplad till vilken tidpunkt uppdraget utfördes.

I Bilaga Referenser framgår det att för att Kammarkollegiet ska kunna verifiera att referensuppdraget uppfyller ställt krav ska anbudssökanden ange tid för när uppdraget utfördes. Kravet att uppdraget inte fick vara äldre än angiven tidsperiod är ett ska-krav, dvs. ett krav som ovillkorligen måste uppfyllas för att ansökan ska kunna prövas. Bolaget har redovisat fem referensuppdrag, i fyra av dessa har bolaget korrekt angett att uppdraget utfördes inom kravets tidsperiod. Bolaget har således förstått kravet. Vad avser aktuellt referensuppdrag nr två anger bolaget i sin ansökan att uppdraget utfördes 2001-01-01. Bolagets redovisade datum är således ungefär åtta år för gammalt. Bolagets påstående att angivet datum är startdatum för avtalets ingående saknar betydelse i upphandlingen och i överprövningen då kravet gällde tidpunkten då uppdraget skulle ha utförts. Kammarkollegiet har inte kunnat verifiera uppställt ska-krav i enlighet med kravet i inbjudan och har således agerat korrekt i enlighet med LOU och de unionsrättsliga principerna då bolaget uteslutits.

Bolagets påstående att kravet i punkt 4.16 Referenser i inbjudan strider mot proportionalitetsprincipen saknar grund. För det första så uppställs inget krav på fleråriga avtal. För det andra så tar tidsperioden enbart sikte på när uppdraget utfördes. Kammarkollegiet låser eller begränsar inte när ett avtal kan ha ingåtts av bolaget. Kammarkollegiet vill i sammanhanget förtydliga att det är relevant och proportionerligt att tidsbegränsa uppdrag bakåt i

tiden. Kravet är nödvändigt då Kammarkollegiet på ett tillförlitligt sätt måste kunna säkerställa att bolaget har efterfrågad aktuell yrkesmässig erfarenhet. Det är proportionerligt att kräva att referensuppdrag är begränsade bakåt i tiden då det annars föreligger risk för att uppdragen är inaktuella. Kravet i punkt 4.16 Referenser syftar till att säkerställa att anbudssökanden har utfört liknande uppdrag samt att anbudssökanden kan täcka stadsförvaltningens, kommuners och landstings behov. Ur Kammarkollegiets synvinkel är aktuell tidsperiod ett rimligt ställt krav, detta främst med anledning av den snabba utvecklingen av produkter och kompetens inom området. Kammarkollegiet anser således att det är proportionerligt att ställa krav på att ett referensuppdrag inte får vara alltför gammalt och inaktuellt med hänsyn till upphandlingsföremålet. Kravet är vidare proportionerligt med hänsyn till att anbudssökare har full frihet att kontraktera underleverantörer och redovisa uppdrag som utförts av underleverantörer i syfte att uppfylla ställda krav. Kravet var således väl avvägt i förhållande till syftet med kravet.

Bolaget gör gällande att kravet i punkt 4.16 Referenser i inbjudan skulle strida mot 11 kap. 11 § LOU. Kammarkollegiet ställer sig frågande till bolagets hänvisning till 11 kap. 11 § LOU. I enlighet med vad som framgår av kravet i punkt 4.16 Referenser syftar kravet till att styrka anbudssökandes förmåga att utföra uppdrag inom upphandlingsområdet genom en redovisning av referensuppdrag. Referensuppdraget avser således inte anbudssökandens tekniska förmåga utan avser anbudssökandens yrkeskunnande. Genom 11 kap. 13 § LOU får den upphandlande myndigheten vid bedömningen av en leverantörs förmåga att fullgöra ett varukontrakt som innefattar monterings- eller installationsarbeten, tjänster eller byggentreprenad, fästa särskild vikt vid yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet. I den aktuella paragrafen finns det till skillnad från 11 kap. 11 § LOU ingen lista på vilka

bevis som kan begäras in. Kammarkollegiet har således agerat korrekt och i enlighet med LOU vid uppställande av aktuellt krav.

I 11 kap. 13 § LOU framgår det uttryckligen att paragrafen avser då den upphandlande myndigheten bedömer en anbudssökandens förmåga att fullgöra tjänster. Bolagets påstående att begreppet ”förmåga” strikt hänför sig till 11 kap. 11 § LOU saknar således grund. Det väsentliga för bedömningen om 11 kap. 13 § LOU är tillämpligt är hur referensuppdragen är utformade och vad uppdragen avser att säkerställa. Referensuppdragen är utformade i syfte att verifiera att anbudssökanden har förmåga att utföra uppdrag med relevant yrkeskunnande och erfarenhet, där den yrkesmässiga förmågan står i centrum. Referensuppdragen avser inte en förteckning och är inte heller uppställt i förhållande till den uttömmande listan i 11 kap.11 § LOU. Exempel på tjänster som efterfrågas är: ”Leverans, installation med driftsättning och integration av en videokonferensutrustning bestående av bildskärm, kodek, högtalare och mikrofoner. Migrering, service, support och underhåll av kunds Videokonferensutrustning”. Uppdragen avser således leverantörens yrkeskunnande och erfarenhet i form av förmåga att utföra bland annat installation med driftsättning och migrering.

Bolaget har inte uteslutits på den grund som bolaget för gällande. Bolaget har uteslutits pga. att Kammarkollegiet – i enlighet med kravet i punkt 4.16 i inbjudan – inte har kunnat verifiera att bolaget har utfört aktuellt uppdrag inom angiven tidsperiod. Detta med anledning av att bolaget inte lämnat efterfrågade uppgifter avseende när uppdraget utfördes. Bolaget har istället valt att inkomma med uppgift avseende avtalets startdatum. Denna uppgift har inte efterfrågats i upphandlingen. I inbjudan står det med all önskvärd tydlighet att anbudssökanden ska redovisa när uppdraget utfördes, inte avtalets startdatum



## UTREDNING I MÅLET

I anbudsansökningsinbjudan under punkten 4.12. Referenser anges följande.

Anbudssökande ska styrka sin förmåga att utföra referensuppdrag inom upphandlingsområdet genom en redovisning av referensuppdrag.

Anbudssökande ska inkomma med totalt fem (5) referensuppdrag, levererade till olika kunder. Referensuppdrag ska gälla tjänste- och funktionsområdena inom videokonferensutrustning. Bilagorna Referensuppdrag nummer 1-5 ska fyllas i och användas för att styrka förmågan att utföra referensuppdrag inom upphandlingsområdet. [...]

[...]

Produkterna och tjänsterna alternativt funktionerna i tjänste- och funktionsområdena ska inte vara levererade senare än tre (3) år räknat från sista dag för inlämnande av anbudsansökan. Däremot kan den totala avtalsperioden för avtalet mellan Anbudssökande och referenskunden, inom vilken tjänste- och funktionsområdena ingår, vara äldre än tre (3) år. Referensuppdrag får avse uppdrag som ännu ej slutlevererats, dock måste efterfrågat tjänste- och funktionsområdena vara utfört. Tiden för tjänste- och funktionsområdena ska anges tydligt, till exempel, 2010-05-30.

Tjänste- och funktionsområdenas startdatum ska inte vara äldre än 2008-12-01.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### *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 principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 11 kap. 11 § första och andra stycket LOU anges 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 ett eller flera av följande sätt:

(...)

2. genom 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.  
(...)

I 11 kap. 13 § LOU anges följande. Vid bedömningen av en leverantörs förmåga att fullgöra ett varukontrakt som innefattar monterings- eller installationsarbeten, tjänster eller byggtreprenad, får särskild vikt fästas vid yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet.

I 16 kap. 6 § första stycket LOU anges följande. 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.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

#### Skada

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att ett ingripande enligt LOU kräver såväl att den sökande leverantörer har lidit skada som att detta beror på att den upphandlande myndigheten har brutit mot bestämmelserna i LOU. Innan rätten tar ställning till om upphandlande myndighet har gjort fel, ska därför en prövning göras av om sökanden kan påvisa någon form av skada.

Bolaget har anfört att det av Kammarkollegiet angivna skall-kravet om att tjänste- och funktionsområdenas startdatum inte ska vara äldre än 2008-12-01 (startdatumkravet) striden mot 11 kap. 11 § LOU och proportionalitetsprincipen och att bolaget uteslutits för att bolaget inte ansetts uppfylla startdatumkravet. Bolaget har vidare anfört att bolaget därmed lidit skada av överträdelsen.

Kammarkollegiet har bl.a. invänt att bolaget inte uteslutits pga. att bolaget inte uppfyllt startdatumkravet utan för att Kammarkollegiet inte har kunnat

verifiera att bolaget har utfört aktuellt uppdrag inom angiven tidsperiod, detta med anledning av att bolaget inte lämnat efterfrågade uppgifter avseende när uppdraget utfördes. Bolaget har istället valt att inkomma med uppgift om avtalets startdatum.

Fråga i målet är om startdatumkravet strider mot LOU och de unionsrättsliga principerna. Om bolaget uteslutits från upphandlingen av annan orsak än att bolaget inte uppfyllt det ifrågasatta startdatum-kravet kan bolaget inte anses ha lidit skada av att Kammarkollegiet uppställt startdatumkravet även om det strider mot LOU. Eftersom det är stridigt i målet huruvida bolaget har uteslutits från upphandlingen på grund av startdatumkravet prövar förvaltningsrätten först frågan på vilken grund bolaget uteslutits från upphandlingen.

I referensbilaga 2 anges följande instruktion.

Ange datum för tjänste- och funktionsområdena som ska vara genomfört under de tre (3) senaste åren, räknat från sista dagen för inlämnande av anbudsansökan: Exempelvis 2010-01-01 till 2011-06-15.

Bolaget har i svarsrutan angett ”2001-01-01 till tills vidare”.

Förvaltningsrätten finner inte att ordalydelsen i svaret, läst tillsammans med instruktionen i referensbilaga 2, ger stöd för Kammarkollegiets tolkning av svaret att bolaget angett avtalets längd, istället för datum för de efterfrågade tjänste- och funktionsområdena. Därutöver har Kammarkollegiets i sitt selekteringsbeslut angett följande.

TDC Sverige har inkommit med handling som inte uppfyller krav gällande datum. Tjänste- och funktionsområdenas startdatum ska inte vara äldre än 2008-12-01. Anbudssökande har angett 2001-01-01.

Av ordalydelsen i Kammarkollegiets selekteringsbeslut framgår att Kammarkollegiet har diskvalificerat bolaget på den grunden att bolaget

inte uppfyllt det ifrågasatta startdatum-kravet, och inte på grund av att bolaget inte kommit in med efterfrågade uppgifter.

Genom att bolaget inte har kvalificerat sig till utvärdering av anbuden har bolaget, oavsett om beslutet att inte kvalificera bolaget var korrekt eller inte, lidit skada av startdatumkravet.

11 kap. 11 § LOU

Kammarkollegiet har uppställt krav i upphandlingen på att anbudssökandena ska kunna utföra uppdrag inom upphandlingsområdet. För att styrka att anbudssökande uppfyller kravet har Kammarkollegiet begärt in ett antal referensuppdrag beskrivna på ett visst sätt. Kravet är en del av kvalificeringsfasen som innebär att den upphandlande myndigheten bedömer lämpligheten hos leverantören. Syftet med kvalificeringsfasen är att fastställa att en anbudsgivare har tillräcklig förmåga och kapacitet att genomföra ett kontrakt. Både 11 kap. 11 § LOU och 11 kap. 13 § LOU reglerar förfarandet i kvalificeringsfasen. I 11 kap. 11 § LOU anges en förteckning över vilka bevis en upphandlande myndighet får begära in i syfte att styrka krav som omfattar leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Förteckningen är uttömmande. I 11 kap. 13 § LOU anges att upphandlande myndighet vid sin bedömning av leverantörens förmåga att utföra kontraktet får beakta bl.a. yrkeskunnande och erfarenhet.

Kammarrätten i Göteborg har i dom den 9 november 2011 (mål nr 6749-11) bedömt att katalogen i 11 kap. 11 § LOU inte kan ges den innebörden att det hindrar upphandlande myndigheter att begära in fler och andra typer av bevis, under förutsättning att bevisen avser yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet i enlighet med 11 kap. 13 § LOU.

Bolaget har anfört att Kammarkollegiet genom startdatumkravet infordrat bevis som gått utöver den uttömmande förteckningen i 11 kap. 11 § LOU

och således i strid med LOU. Kammarkollegiet har invänt att referensuppdragen har använts för att styrka anbudssökandes yrkeskunnande och erfarenhet, och inte den tekniska kapaciteten, och att startdatumkravet utgör bevis som därmed varit tillåtet att infordra.

Fråga i målet är om de referensuppdrag som infördes av Kammarkollegiet syftat till att styrka leverantörens tekniska eller yrkesmässiga kapacitet enligt 11 kap. 11 § LOU eller till att styrka yrkeskunnande och erfarenhet enligt 11 kap. 13 § LOU. Förvaltningsrätten finner att begreppen yrkeskunnande och erfarenhet i 11 kap. 13 § LOU normalt sett torde innefatta någon typ av omdöme, exempelvis skulle ett sådant bevis kunna innebära inhämtande av uppgifter om referensuppdragen utförts på ett tillfredställande eller korrekt sätt. Såsom kravet på referensuppdrag är utformat i punkten 4.12 och i bilaga Referensuppdrag i förevarande upphandling anser förvaltningsrätten att Kammarkollegiet inte har kunnat dra några slutsatser om leverantören utfört uppdraget med yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet. Kammarkollegiet har däremot kunnat dra slutsatser huruvida leverantören har den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten att utföra uppdraget i upphandlingen utifrån den förteckning och beskrivning över uppdrag som infordrats. Den uttömmande beviskatalogen i 11 kap. 11 § LOU är enligt förvaltningsrättens mening således tillämplig.

I 11 kap. 11 § andra stycket 2 LOU anges att den tekniska kapaciteten får styrkas genom 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 Kammarrätten i Stockholms dom den 2 februari 2011 (mål nr 6528-10) framgår att 11 kap. 11 § andra stycket andra punkten LOU inte medger något utrymme för upphandlande myndighet att kräva att uppdragen ska ha pågått viss tid. Kammarkollegiet har genom att uppställa

krav på när uppdragen ska ha påbörjats, startdatumkravet, ställt krav på att uppdragen ska ha pågått viss tid. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att Kammarkollegiet har brutit mot 11 kap. 11 § LOU genom att uppställa startdatumkravet.

#### Proportionalitetsprincipen

Bolaget har vidare gjort gällande att startdatumkravet strider mot proportionalitetsprincipen, vilket Kammarkollegiet har bestritt.

Proportionalitetsprincipen hör till gemenskapsrättens allmänna principer. När nationella myndigheter tillämpar gemenskapsrätten måste de följa proportionalitetsprincipen, även i fall då de har en vidsträckt bedömningsfrihet. Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas ska vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. I valet mellan olika åtgärder ska en medlemsstat välja den som leder till minsta möjliga störningar för den ekonomiska verksamheten. Det måste således finnas ett rimligt förhållande mellan det eftersträvade syftet och de vidtagna åtgärderna. Åtgärderna måste vara rimligen ägnade att åstadkomma det eftersträvade målet samtidigt som det men som drabbar den som påverkas av åtgärderna inte får vara oproportionerligt i förhållande till nyttan för det allmänna.

En proportionalitetsbedömning kan och bör genomföras i form av en strukturerad avvägning mellan motstående intressen. Bedömningen består av tre steg. För det första skall en bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje skall bedömas om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är

oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Den upphandlande myndigheten har bevisbördan för samtliga dessa frågor och står även risken för det fall någon av dem inte kan besvaras.

Det uppställda startdatumkravet i anbudsansökningsinbjudan punkten 4.12 har medfört att bolaget har uteslutits. Frågan i målet är om det i upphandlingen har varit berättigat att ställa ett sådant krav och om det bakomliggande syftet med kravet hade kunnat uppnås med ett mindre ingripande alternativ.

Syftet med startdatumkravet torde vara att säkerställa att anbudssökanden har förmåga att utföra kontraktet i fråga genom att de uppdrag som åberopats till styrkande härav är närliggande i tiden och därmed aktuella.

Startdatumkravet innebär att tjänste- och funktionsområdenas startdatum inte får vara äldre än 2008-12-01. Ett tjänsteområde definieras som uppdrag baserade på leveranser av produkter och tjänster enligt punkten Upphandlingens omfattning och ett funktionsområde definieras som uppdrag baserade på leveranser av funktion, att köpa digitala mötesprodukter som funktion enligt punkten Upphandlingens omfattning. Tjänste- och funktionsområde har närmare beskrivits i Bilaga referenser i vilket det framgår att ett tjänsteområde exempelvis kan bestå av leverans, installation med driftsättning och integration, med en ytterligare närmare angiven beskrivning. Startdatumkravet måste mot denna bakgrund ges den innebörden att uppdragen, som är baserade på de efterfrågade leveranserna, inte får ha påbörjats tidigare än 2008-12-01. Förvaltningsrätten finner att startdatumkravet innebär att ett uppdrag, som innefattar leveranser av de efterfrågade tjänsterna och funktionerna som genomförts de senaste tre åren eller är pågående, inte kan åberopas om uppdraget även innefattar leveranser som genomförts längre tillbaka i tiden än 2008-12-01. Mot

denna bakgrund anser förvaltningsrätten att startdatumkravet inte är vare sig lämpligt eller effektivt för att uppnå angivet syfte.

Ett ytterligare krav i punkten 4.12 innebär att produkterna, tjänsterna alternativt funktionerna, som ingår i de beskrivna tjänste- och funktionsområdena inte får vara levererade tidigare än tre år sedan räknat från sista dag för inlämnande av anbudsansökan. Kravet medför att Kammarkollegiet redan säkerställt att de utförda leveranser som ska styrka anbudssökandens förmåga att utföra kontraktet skett i närtid. Mot denna bakgrund har startdatumkravet inte varit nödvändigt för att uppnå syftet med kravet och ett mindre ingripande alternativ hade varit att godta också åberopade uppdrag avseende de aktuella tjänste- och funktionsområdena, vars startdatum varit tidigare än 2008-12-01. Den negativa effekten i form av att vissa leverantörer som åberopar färskt uppdrag utestängs från deltagande endast på grund av att man härutöver också tidigare har utfört samma uppdrag, är oproportionerlig i förhållande till syftet med startdatumkravet. Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att Kammarkollegiet har agerat i strid med proportionalitetsprincipen genom att uppställa startdatumkravet.

#### Ingripande enligt LOU

Förvaltningsrätten konstaterar att det förekommit en överträdelse av LOU genom uppställandet av startdatumkravet. Denna överträdelse har inverkat på bolagets möjligheter att tilldelas kontraktet och bolaget har därmed lidit skada av överträdelsen. Förutsättningar för ett ingripande enligt LOU föreligger därmed. Eftersom startdatum påverkar upphandlingens konkurrensuppsökande fas kan en mindre ingripande åtgärd än att upphandlingen görs om inte komma i fråga. Förvaltningsrätten förordnar därför att upphandlingen ska göras om.



### HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns  
i bilaga (DV 3109/1A LOU).

  
Susanne Bagge

Rådman

Julia Nyberg har handlagt målet.



# 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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.