

LÄNSRÄTTEN I  
STOCKHOLMS LÄN  
Allmänna avdelningen

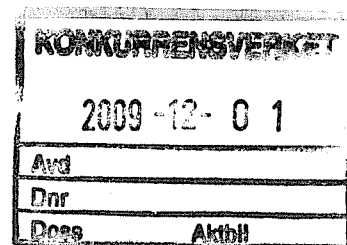
DOM  
2009-11-27  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
21293-09, 21458-09 och  
21507--21517-09  
Enhet 15

**SÖKANDE**

SKOP Research AB, 556654-2923  
Engelbrektsgratan 13  
114 32 Stockholm

Ombud: Chefsjurist Pär Cronhult  
Box 5625  
114 86 Stockholm

**MOTPARTER**

Nacka kommun  
Botkyrka kommun  
Danderyds kommun  
Ekerö kommun  
Karlstad kommun  
Norrtälje kommun  
Salems kommun  
Sollentuna kommun  
Vallentuna kommun  
Tyresö kommun  
Täby kommun  
Upplands Väsby kommun  
Värmdö kommun

Ombud 1-13: Torbjörn Borg  
Öberg & Heijne Advokatbyrå  
Fristadstorget 4  
632 20 Eskilstuna

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Länsrätten bifaller SKOP:s ansökan om ingripande enligt LOU och förordnar att Nacka kommuns, Botkyrka kommuns, Danderyds kommuns, Ekerö kommuns, Karlstad kommuns, Norrtälje kommuns, Salems kommuns, Sollentuna kommuns, Vallentuna kommuns, Tyresö kommuns, Täby kom-

Dok.Id 476249

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

muns, Upplands Väsby kommuns, och Värmdö kommuns upphandling  
benämnd "Kundundersökning", dnr UBN 2009/26-055, ska göras om.

Länsrättens interimistiska beslut den 23 oktober 2009 och den 5 november  
2009 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas upphör därmed att gäl-  
la.

## BAKGRUND

Nacka kommun har dels i eget namn, dels som ombud för ett antal kommuner (nedan under den gemensamma benämningen Kommunerna) genomfört en upphandling av tjänster för kundundersökning, dnr UBN 2009/26-055. Upphandlingen har genomförts som en selektiv upphandling enligt 4 kap. LOU.

Nacka kommun beslutade den 17 juni 2009 att inte bjuda in SKOP Research AB (SKOP) att lämna anbud på rubricerad upphandling.

I tilldelningsbeslut avsänt den 15 oktober 2009 beslutade kommunerna att anta visst anbud.

SKOP har ansökt om överprövning och yrkat att länsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Länsrätten har den 23 oktober 2009 och den 5 november 2009 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

## YRKANDEN M.M.

**SKOP** yrkar i första hand rättelse, genom att bolaget bjuds in till anbudsgivning i den aktuella upphandlingen samt att ny senaste dag för anbudsgivning utsätts i enlighet med detta. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om i sin helhet. SKOP anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Kommunerna har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, särskilt mot kraven på likabehandling och ickediskriminering samt öppenhet (transparens), genom att till synes godtyckligt och utan stöd av i förväg redovisade kriterier för urvalet mellan sinsemellan kvalificerade leverantörer utesluta SKOP från att lämna anbud i den aktuella upphandlingen. Några kvalitativa villkor eller kriterier för urvalet framgår inte vare

sig av inbjudan eller av något annat underlag för upphandlingen. Hur urvalet mellan anbudssökande ska ske redovisas således inte. Av 11 kap. 3-5 §§ LOU följer att vid bl.a. selektivt förfarande får den upphandlande myndigheten begränsa antalet anbudssökande som den kommer att bjuda in för anbudslämnande till ett i förväg angivet antal av minst fem leverantörer. Enligt 11 kap. 3 § andra stycket 1 LOU ska den upphandlande myndigheten ange i annonsen om upphandling vilka kriterier eller regler som den kommer att tillämpa vid valet av anbudssökande. Detta framgår bl.a. av specialmotiveringen till bestämmelsen. Skyldighet för upphandlande myndighet att i förväg offentligt redovisa grunderna för urvalet har varit föremål för gemensamrättslig praxis, se bl.a. C-470/99, *Universale Bau*. För nationellt vidkommande hänvisas till Kammarrättens i Göteborg avgörande i mål nr 1793-06 samt Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 7019-07. Av redovisad rättspraxis framgår att upphandlande myndigheter inte tillåts genomföra selektiv upphandling, urvalsupphandling eller något liknande förfarande utan att i förväg redovisa samtliga krav eller kriterier enligt vilka anbudssökande leverantörer ska komma att väljas ut för anbudsgivning. Redovisningen ska omfatta både vilka grundkrav som gäller för att över huvud taget komma i fråga för anbudsgivning och vilka krav och kriterier som, i förekommande fall, ska tillämpas vid det slutliga urvalet mellan sinsemellan kvalificerade anbudssökande. Urvalet ska, enligt vad EG-domstolen har fastslagit, ske i enlighet med kvalitativa kriterier. För att uppfylla kravet på likabehandling, förutsebarhet och ickediskriminering krävs därför att den upphandlande myndigheten kvantifierar urvalskriterierna i angelägenhetsgrad eller på annat sätt så att det framgår vilka anbudssökande, även bland dem som uppfyller samtliga ställda kvalifikationskrav, som ska kunna komma att bjudas in till anbudsgivning. Har några sådana kriterier inte angetts kan någon uteslutning inte ske, då saklig grund för ett sådant urval saknas. Den upphandlande myndigheten är under sådana förhållanden hänvisad till att antingen bjuda in samtliga anbudssökande som uppfyller ställda krav eller att avbryta upphandlingen. Några

kvalitativa kriterier redovisas inte i nu aktuell ansökningsinbjudan, utan Kommunerna synes närmast ha förbehållit sig fri prövningsrätt avseende vilka anbudssökande som ska bjudas in till anbudsgivning.

**Kommunerna** anför i genmäle bl.a. följande. I ett upphandlingsförfarande över tröskelvärdena ingår alltid en kvalificeringsfas och en utvärderingsfas. Dessa faser är skilda från varandra och får heller inte sammanblandas. I den förstnämnda fasen bedöms leverantörernas förmåga som organisation att leverera kontraktsföremålet och i den senare prövas anbudens lämplighet mot de uppställda villkoren. Kammarrätten i Stockholm har i dom i mål nr 5512-08 närmare beskrivit skillnaderna mellan de två faserna. Med hänvisning till EG-domstolens avgörande i mål C-532/06, Lianakis, påpekar kammarrätten i domen att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet, inte kan anses utgöra utvärderingskriterier. Sådana kriterier benämns här kvalificeringskriterier. Vid selektivt förfarande inbjuder de upphandlande myndigheterna, efter ett prövningsförfarande i kvalificeringsfasen, vissa utvalda leverantörer att dels få ta del av förfrågningsunderlaget, dels lämna anbud. I 11 kap. 3–5 §§ LOU föreskrivs särskilt beträffande antalet anbudssökande som ska inbjudas att få ta del av förfrågningsunderlaget, lämna anbud och prövas i utvärderingsfasen. De upphandlande myndigheterna ska annonsera om förutsättningarna för anbudsansökan. I annonsen ska anges hur många leverantörer som ska bjudas in att lämna anbud. Kriterier för urvalet av anbudssökande och vilka anbudssökande som inte vunnit framgång och skälen för detta ska dokumenteras. Efter urvalsförfarandet infordras anbud från minst fem av de anbudssökande. Selektiv upphandling får användas om den upphandlande myndigheten genom selektering av anbudsgivare kan uppnå ett rimligt förhållande mellan upphandlingens värde och de administrativa kostnaderna för anbudsprövningen. Ett annat motiv för selektiv upphandling kan vara att upphandlingens art ställer särskilda krav på leverantören.

Principerna för upphandlingsförfarandet ska iakttas i alla faser av upphandlingsförfarandet. Detta innebär t.ex. att en anbudsfrågan inte får utarbetas så att, när föremålet för upphandlingen fastställs, det försätter anbudsgivarna i en ojämlik ställning. Anbudsfrågan ska öppet tillställas alla som anmält intresse eller dem som t.ex. vid selektivt förfarande har valts ut för anbudsfröfarandet. Vid bedömmingen av anbudsgivarna och anbudsn förutsätter kravet på jämlikhet att de uppställda kraven gäller samtliga anbudsgivare på samma sätt. Den upphandlande myndigheten är skyldig att ange de kriterier som myndigheten tillämpar för att begränsa antalet anbud. De kriterier som avses är bl.a. leverantörens ekonomiska samt yrkesmässiga och tekniska kunskap eller kapacitet. De kriterier som ska tillämpas omfattar således inte utvärderingskriterierna i 12 kap. 1 § LOU. Kriterierna ska enligt direktivet vara objektiva och ickediskriminerande. Detta följer av 1 kap. 9 § LOU. Villkoren i den aktuella upphandlingen är tydligt presenterade i förväg för anbudssökandena och krav ställs på leverantörernas ekonomiska samt yrkesmässiga och tekniska kunskaper eller kapaciteter. Några regler för kriteriernas inbördes betydelse och tyngd vid urvalet av leverantörer förekommer inte i denna upphandling. Kommunerna har i stället valt att ställa kraven så att samtliga sju villkor ska vara uppfyllda för att anbudssökanden alls ska vara behörig att få lämna anbud på kontraktsföremålet. Prövningen har gjorts så av Kommunerna att anbudssökandens antingen blivit godkänd eller underkänd. Bilagan "Selektivt förfarande – förklaring", innehåller en beskrivning av hur granskningen kommer att genomföras i kvalificeringsfasen, om det visar sig att fler än det högsta antalet (fem stycken) leverantörer blir godkända i den inledande prövningsfasen. Av texten framgår bl.a. att "valet av företag görs utan ovidkommande hänsyn och på ett konkurrens neutralt sätt. Valet görs med utgångspunkt ur ett så vitt geografiskt område som möjligt och utan krav på viss legal form, fysisk eller juridisk person. Kommunerna har därvid även iakttagit samtliga grundläggande principer i LOU, det vill säga kriterierna har varit konkurrensneutrala och objektiva samt har möjligheter givits för

små, medelstora och större företag att delta i anbudstävlan. Valet sker också utan hänsyn till var företagen har sin verksamhet förlagd. Den valda metoden för prövning av anbudssökandena är komplett, förutsebar, transparent, konkurrensneutral och står i överensstämmelse med både LOU och gemenskapsrätten. I målet är ostridigt att SKOP godkänts mot de kvalificeringskriterier som Kommunerna ställt upp. Eftersom Kommunerna kunde konstatera att fler än fem anbudssökande uppfyllde kvalifikationskraven tvingades Kommunerna att tillämpa villkoren som framgår av texten Selektivt förfarande – förklaring, dvs. valet av de fem anbudssökande som också skulle få lämna anbud. Denna prövning har skett på så sätt med utgångspunkt i ett så vitt geografiskt område som möjligt. Hänsyn har tagits till att sammansättningen blir balanserad mellan lokala, regionala, landsomfattande och internationella leverantörer, utan krav på viss legal form, fysisk eller juridisk person. Kommunerna har inte tagit hänsyn till vilken legal form som anbudssökande valt för att driva sin verksamhet, samtliga grundläggande principer i LOU det vill säga kriterierna har varit konkurrensneutrala och objektiva samt har möjligheter givits för små, medelstora och större företag att delta i anbudstävlan. Kommunerna har beaktat vad som stadgas i 1 kap. 9 § LOU samt dessutom valt att förtydliga att urvalet gjorts så att hänsyn även tagits till företagets storlek. Det finns inte någon reglering som särskilt tar sikte på hur ett sådant val ska göras när, som i detta fall, mer än fem anbudssökande uppfyller kvalificeringskriterierna och därmed är godkända i kvalificeringsfasen. Enligt bestämmelsen ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingarna på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Dessa principer har också beaktats av Kommunerna i samband med att urvalet av anbudssökande genomfördes. SKOP måste rimligen ha förstått hur det slutgiltiga urvalet skulle ske och har inte kunnat visa att Kommunernas val av metod för val av anbudssökande som skulle få lämna anbud skulle strida mot upphandlingsreglerna. Kommunerna

na vill i sammanhanget även framhålla avgörandet i Regeringsrätten den 2 oktober 2009, dom i målen nr 3411--3413-09, i vilket domstolen betonar att lottning kan tillgripas för att göra valet för att skilja anbud åt då "det anses allmänt att en sådan metod inte i sig gynnar någon av deltagarna på någon annans bekostnad". SKOP:s ansökan om överprövning innebär att bolaget valt att inte acceptera hur selektiva förfaranden ska genomföras med stöd av LOU. SKOP accepterar heller inte att bolaget till följd av otur kan missa möjligheten att lägga anbud på kontraktsföremålet. Mot den ovan beskrivna bakgrunden kan SKOP heller inte anses ha lidit eller i framtiden kunna lida någon skada på sätt som anges i 16 kap. 1 och 2 §§ LOU. Kommunerna åberopar också två avgöranden från Länsrätten i Stockholms län, mål nr 25558-06 och mål nr 12711-09.

**SKOP** yttrar bl.a. följande. Av den tillgängliga upphandlingsdokumentationen framgår att i vart fall arton leverantörer har gett in anbudsansökan samt att anbud har getts in av tre leverantörer. Enligt bestämmelserna för den aktuella upphandlingen ska minst fem anbudssökande bjudas in till anbudsgivning. SKOP hemställer mot denna bakgrund om klarläggande från Kommunerna avseende vilka de övriga två anbudssökande som har bjudits in till anbudsgivning är samt en förklaring till varför dessa anbud inte har redovisats i anbudssammanställningen med utvärdering och tilldelning. När det sedan gäller de omständigheter enligt vilka Kommunerna har angivit att urvalet mellan sinsemellan kvalificerade anbudsgivare har gått till erinras om att EG-domstolen i mål C-470/99, *Universale Bau*, har fastslagit att den upphandlande myndigheten ska genomföra sitt urval på samtliga stadier av upphandlingen på grundval av offentliggjorda kvalitativa kriterier. Vad Kommunerna har åberopat utgör inte några kvalitativa kriterier utan måste närmast ses som förfaranderegler, vilka i allt väsentligt ändå följer av lag och direktiv. Den av Kommunerna åberopade omständigheten att utgångspunkt för urvalet mellan inbjudna anbudssökande ska ske med "utgångspunkt i ett så vitt geografiskt område som möjligt" är



ägnad att medföra bristande likabehandling av geografiska skäl. Om fler anbudssökande har sitt säte i samma ort riskerar dessa att utsättas för diskriminerande särbehandling jämfört med leverantörer från andra orter. Det framgår inte heller på vilket sätt eller enligt vilka kriterier urvalet mellan leverantörer från samma ort ska gå till. Förfarandet strider således även mot principen om transparens. En sådan ”balanserad sammansättning” som Kommunerna angivit i yttrandet saknar vidare relevans för det behov som ska täckas med den aktuella upphandlingen, varför kravet på geografisk spridning också strider mot proportionalitetsprincipen om att inte annat än direkt relevanta förhållanden får läggas till grund för beslut om urval och tilldelning vid offentlig upphandling. Slutligen kan på denna punkt konstateras att av de leverantörer som har bjudits in till anbudsgivning är två Stockholmsbaserade och ett från Örebro. Någon sådan balans som Kommunerna hänvisar till kan således knappast anses ha uppnåtts i det aktuella fallet. Vad gäller Kommunernas åberopande att urvalet ska ha skett ”utan krav på legal form, fysisk eller juridisk person” utgör detta närmast en förfaranderegeln. Detta kan således knappast utgöra något kvalitativt kriterium för urval mellan sinsemellan kvalificerade leverantörer. Inte heller det Kommunerna har åberopat om att urvalet har skett med iakttagandet av samtliga grundläggande principer i LOU utgör något kvalitativt kriterium för urval. I sammanhanget erinras om att kvotering grundad på företagsstorlek som Kommunerna åberopar inte är förenlig med principerna om likabehandling och proportionalitet, se bl.a. EG-domstolens dom i mål C-360/89. Det urval mellan sinsemellan kvalificerade leverantörer som Kommunerna hänvisar till har således genomförts på ett godtyckligt sätt och utan iakttagande av några kvalitativa kriterier. Urvalet kan även sättas i fråga ur konkurrenssynpunkt eftersom enbart tre av totalt fem inbjudna anbudssökande sedermera har inkommit med anbud. Vad slutligen avser frågan om att SKOP borde agerat tidigare påpekas att bolaget redan efter Kommunernas meddelande i juni 2009 hemställde om uppgift varför bolagets anbudsansökan hade förkastats, men då hänvisades till att denna in-

Information inte skulle göras tillgänglig förrän i samband med beslut om tilldelning. SKOP har därefter under juli och augusti 2009 återkommande bevakat frågan och utan framgång krävt besked i aktuellt hänseende.

**Kommunerna** yttrar i sin tur bl.a. följande. De andra två anbudssökande som inbjöds att lämna anbud var Nordiska Undersökningsgruppen AB och Synovate Sweden AB. Dessa två företag valde, av orsaker som är okända för Kommunerna, att inte lämna några anbud. Kommunerna har heller inte efterforskat orsakerna till att företagen valde att avstå från att lämna anbud. De idag vanligaste beräkningsmetoderna för att jämföra pris och kvalitativa kriterier mellan olika anbud i offentlig upphandling bygger på att upphandlaren först låter sätta poäng på anbudsgivarens kvalitativa kriterier efter en skala som ofta anges i förfrågningsunderlaget. Sedan tilldelas anbudsgivarens pris ett poängtal, där den enskilda offertens poängtal beror på hur anbudet ligger i förhållande till andra lämnade anbud. Den anbudsgivare som efter summering av poängtalet för kvalitativa kriterier och poängen för det lämnade priset har den högsta poängsumman utses som vinnare. Utvärderingen av anbuden i utvärderingsfasen är skild från den inledande kvalificeringsfasen. Denna inledande del av prövningen avser endast att kontrollera huruvida anbudsgivare och anbudssökande har förmågan och är lämpliga som framtida leverantörer. Prövningen i detta mål avser endast den inledande kvalificeringsfasen och kontroller sker på sätt som anges i 10 och 11 kap. LOU. Den upphandlande myndigheten ska vid denna inledande kontroll av anbudsgivarnas lämplighet utgå från kriterierna avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet (kriterier för kvalitativt urval) som avses i artiklarna 31 och 32 i direktivet. Tilldelningen av kontraktet (kriterier för tilldelning) däremot genomförs mot bakgrund av de kriterier som anges i 36.1 i samma direktiv, nämligen lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Ett tillrättaläggande av vad SKOP anför i sin inlaga är nödvändigt. Försörjningsdirektivet innehåller, till skillnad från det klassiska direktivet som tillämpas i denna upphand-

ling, bestämmelser om upprättande av s.k. kvalitativa urvalskriterier. Prövningen av anbudssökande ska ske på sätt som anges i förfrågningsunderlaget samt 10 och 11 kap. LOU och inte på sätt som anges i försörjningsdirektivet eller i 11 kap. 8 § LOU. Inte heller ska prövningen av anbudssökandens ekonomiska ställning, tekniska och yrkesmässiga kapacitet göras på sätt som anges i art 7.2 i det numera upphävda direktivet 93/37. Vad SKOP anför om kvalitativa kriterier kan inte appliceras på hur tillämpningen av grundprinciperna i 1 kap. 9 § LOU genomförs. Kommunerna har, på sätt som framgår av förfrågningsunderlaget och som redovisats i yttranden till länsrätten, på ett öppet, förutsebart, transparent och konkurrensneutralt sätt tillämpat objektiva kriterier för urval av kvalificerade anbudssökande. Denna process gjorde att fler än fem, dvs. fler än det högsta antalet anbudssökande som skulle bjudas in att lämna anbud, blivit godkända i den inledande kvalificeringsfasen. Därför tvingades Kommunerna att göra ett objektiva, konkurrensneutralt urval bland godkända anbudssökande. SKOP:s invändning beträffande geografisk spridning är hypotetisk och rör omständigheter som knappast kan bli föremål för prövning i målet. Små och medelstora företag utgör cirka 99 procent av alla företag i Sverige. De grundläggande principerna för all offentlig upphandling innebär bl.a. att en upphandlande myndighet varken får gynna eller missgynna ett företag på grund av dess storlek, geografiska hemvist eller omständigheten att företaget är nystartat. Kommunerna vitsordar SKOP:s påstående om att inga krav på legal form, fysisk eller juridisk person uppställts avseende de anbudssökande. Upphandlingsformen selektivt förfarande innebär att om fler godkända anbudssökande finns att tillgå än det högsta antal anbudssökande som angetts i inbjudan så tvingas Kommunerna att på objektiva grunder göra ett val bland de sökande. De anbudssökande som i och för sig är godkända i den inledande fasen av kvalificeringen, dvs. de som klarat samtliga kriterier för det kvalitativa urvalet men som inte får någon inbjudan, har otur. Detta ligger emellertid i det selektiva förfarandets natur. Den anbudssökande leverantören är skyldig att acceptera de spelregler som lagstiftaren

har ställt upp för det selektiva upphandlingsförfarandet. De ”kvalitativa kriterier” som SKOP efterfrågar, dvs. de i förfrågningsunderlaget uppställda kvalificeringskriterierna, framgår av svarsformuläret i underlaget. Vidare föreskrivs i 11 kap. 5 § LOU att om antalet anbudssökande som uppfyller urvalskriterierna och de angivna miniminivåerna är lägre än det minsta antal deltagare som angetts i annonsen, får den upphandlande myndigheten fortsätta förfarandet genom att bjuda in den eller de anbudssökande som har begärt detta och som har tillräcklig kapacitet. Någon sådan begäran har inte framställts av SKOP och skulle heller inte ha kunnat accepteras av Kommunerna efter den sista anbudsdagen.

SKOP vidhåller vad som tidigare har anförts och yttrar avslutningsvis bl.a. följande. Om upphandlingsförutsättningarna innefattar en begränsning av hur många i och för sig kvalificerade anbudssökande som ska bjudas in till anbudsgivning kommer urvalsprövningen som regel att bestå av två moment; dels själva kvalificeringsbedömningen, dels urvalet mellan sinsemellan kvalificerade anbudssökande. Båda dessa moment omfattas av kravet på offentliggjorda kvalitativa kriterier, vilket framgår att tidigare åberopad rättspraxis. Även länsrätten har i ett tidigare avgörande, mål nr 9315-06, kommit till en liknande slutsats. Kommunerna har, trots omfattande skriftväxling, inte förmått redovisa några kvalitativa kriterier för hur den aktuella urvalsprocessen har genomförts. Att Stockholmsbaserade Demoskop AB, Pilen Affärsutveckling AB samt Synnovate Sweden AB har bjudits in men det tillika Stockholmsbaserade SKOP inte har bjudits in ifrågasätts. Vad Kommunerna har anført om att de ”har valt att förtydliga att urvalet har gjorts så att hänsyn även tagits till företagets storlek” kan vidare inte tolkas på annat sätt än att kvotering faktiskt har tillämpats. Det urval för inbjudan till anbudsgivning som Kommunerna har genomfört kan slutligen knappast anses vara ägnat att uppnå en effektiv konkurrens, med beaktande av att två av totalt fem leverantörer inte ens kommit in med några anbud i upphandlingen.

## UTREDNINGEN I MÅLET

I anbudsansökan, bilaga 4 om selektivt förfarande, anges bl.a. att antalet anbudssökande som kommer att bjudas in till anbudstävlan ska anges i inbjudan och ska enligt LOU vara minst fem. I den aktuella upphandlingen har antalet som kommer att inbjudas till anbudstävlan angetts vara högst fem.

Under rubriken "Hur selekteringen går till" i samma bilaga anges bl.a. följande. Den inledande delen av upphandlingen utgörs av en prekvalificeringsfas. Prövningen sker genom bedömning av svar lämnade i "Svarsbilaga ansökan". Prekvalificeringen genomförs i syfte att ge Nacka kommun möjlighet att utvälja lämpliga företag som får lämna anbud. Valet av företag görs utan ovidkommande hänsyn och på ett konkurrensneutralt sätt. Valet görs med utgångspunkt ur ett så vitt geografiskt område som möjligt och utan krav på viss legal form, fysisk eller juridisk person. Kommunen har därvid även iakttagit samtliga grundläggande principer i LOU, det vill säga kriterierna har varit konkurrensneutrala och objektiva och möjligheter har givits för små, medelstora och större företag att delta i anbudstävlan. Valet sker också utan hänsyn till var företagen har sin verksamhet förlagd.

## DOMSKÄL

### *Tillämpliga bestämmelser*

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principen om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

11 kap. 3 § LOU stadgar följande. Vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering får den upphandlande myndigheten begränsa antalet anbudssökande som den kommer att bjuda in att lämna anbud eller att förhandla.

- Den upphandlande myndigheten ska i annonsen ange
1. vilka kriterier eller regler som den kommer att tillämpa vid valet av anbudssökande, och
  2. det lägsta antal anbudssökande som kommer att inbjudas och, om ett högsta antal kommer att inbjudas, detta antal.

I 11 kap. 4 § LOU stadgas följande. Antalet anbudssökande som bjuds in att delta vid ett selektivt förfarande och vid ett förhandlat förfarande med föregående annonsering ska vara tillräckligt stort för att en effektiv konkurrens ska kunna uppnås. Antalet anbudssökande som bjuds in att delta vid ett selektivt förfarande får inte vara mindre än fem och vid förhandlat förfarande med föregående annonsering inte mindre än tre.

11 kap. 5 § LOU stadgar följande. En upphandlande myndighet ska bjuda in minst det antal anbudssökande som angetts enligt 3 § andra stycket 2.

Om antalet anbudssökande, som uppfyller de i annonsen angivna kraven och urvalskriterierna (de kvalificerade anbudssökande), är lägre än det i annonsen angivna lägsta antal som kommer att bjudas in, får den upphandlande myndigheten fortsätta förfarandet genom att bjuda in de kvalificerade anbudssökande som har begärt att få delta.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU är följande föreskrivet. 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*

Länsrätten konstaterar inledningsvis att de av SKOP påstådda bristerna i selekteringen av anbudssökande har inneburit att bolaget kunnat komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU och det är således behörigt att ansöka om överprövning.

Den aktuella upphandlingen har skett genom selektivt förfarande enligt 4 kap. LOU. Länsrättens prövning rör prekvalificeringsfasen. Fråga i målet är huruvida Kommunerna under urvalet till inbjudan för anbudslämning bland kvalificerade anbudssökande har agerat i strid med gemenskapsrättens principer om bl.a. transparens och proportionalitet.

Vid selektivt förfarande med föregående annonsering får den upphandlande myndigheten begränsa antalet anbudssökande som den kommer att bjuda in att lämna anbud. Den upphandlande myndigheten måste därför ibland, vid dessa förfaranden, göra ett urval bland de kvalificerade anbudssökande. Detta gäller de fall då antalet kvalificerade anbudssökande överstiger det antal som ska bjudas in till anbudsgivning. För att ett sådant urval ska vara möjligt måste den upphandlande myndigheten i annonsen ange dels vilka kriterier eller regler som den kommer att tillämpa vid urvalet av anbudssökande, dels det lägsta antal anbudssökande som kommer att bjudas in. Det lägsta antal som ska inbjudas är i selektivt förfarande fem. Skulle det när upphandlingen påbörjats visa sig att antalet kvalificerade anbudssökande är färre än det minimiantal som framgår av annonsen får den upphandlande myndigheten dock fortsätta upphandlingen med de anbudssökande som finns.

Av EG-domstolens dom i mål C-470/99, *Universale-Bau m.fl.*, framgår att om den upphandlande myndigheten i ett selektivt förfarande i förväg har fastställt regler för den inbördes betydelsen av kriterierna för att välja ut de anbudssökande som ska anmodas att avge anbud, ska denna myndighet ange dessa regler i meddelandet om upphandling eller i anbudsinfördran.

Av samma avgörande framgår att då kontrakt ska tilldelas vid offentlig upphandling måste både principen om likabehandling av möjliga anbudsgivare och principen om insyn iakttas i alla stadier, och bland annat då anbudssökande väljs ut i ett selektivt förfarande, så att alla ges samma möjligheter när de utformar sina ansökningar om deltagande eller sina anbud.

Länsrätten konstaterar att Kommunerna i sin svarsbilaga ansökan, bilaga 3, har angett sju objektiva utvärderingskriterier, som utformats som skalkrav, SK 1 – 7, för urval av de leverantörer som ska inbjudas att lämna

anbud i upphandlingen. Kriterierna har berört framförallt anbudssökandes stabilitet och har innefattat bl.a. krav på förteckning av minst tre referenser. Något inbördes viktförhållande av kriterierna har inte angetts. Det har i stället varit fråga om att en anbudssökande antingen har uppfyllt kvalificeringskriterierna, och därmed varit kvalificerad för att få lämna anbud, eller inte har uppfyllt dem.

I underlaget har angetts att det antal anbudssökande som Kommunerna avsett att bjuda in till att få lämna anbud i upphandlingen har varit fem. I målet har framkommit att fler anbudssökande än fem har uppfyllt de sju objektiva urvalskriterierna. Det är vidare ostridigt att SKOP godkänts enligt samma kvalificeringskriterier. Kommunerna har bland dessa kvalificerade sökanden valt ut fem som har fått möjligheten att lämna anbud. SKOP har inte ingått bland dessa fem. Urvalet av vilka sökande som har fått lämna anbud har – vilket Kommunerna också vitsordar – skett på grundval av villkoret i bilaga 4, ”Selektivt förfarande – förklaring”. Villkoret har således, enligt vad utredningen ger vid handen, utgjort ett utslagskriterium. Formuleringen i detta urvalsvillkor lyder som följer.

Valet av företag görs utan ovidkommande hänsyn och på ett konkurrensneutralt sätt. Valet görs med utgångspunkt ur ett så vitt geografiskt område som möjligt och utan krav på viss legal form, fysisk eller juridisk person. Kommunen har därvid även iakttagit samtliga grundläggande principer i LOU, det vill säga kriterierna har varit konkurrensneutrala och objektiva och möjligheter har givits för små, medelstora och större företag att delta i anbudstävlan. Valet sker också utan hänsyn till var företagen har sin verksamhet förlagd.

Av utredningen framgår inte annat än att det ovan angivna kriteriet har styrt urvalet mellan sinsemellan kvalificerade anbudssökande. Av formuleringen i utslagskriteriet kan, enligt länsrättens bedömning, följande utläsas.

- Urvalet har skett i enlighet med grundläggande principer i LOU.



- Urvalet har skett med utgångspunkt i strävan efter ett så vitt geografiskt område som möjligt.
- Urvalet har skett utan hänsyn till var företagen har sin verksamhet förlagd eller deras storlek.

Kommunerna har i länsrätten anfört att urvalet mer precist har skett på så sätt att hänsyn har tagits till att sammansättningen balanseras mellan lokala, regionala, landsomfattande och internationella leverantörer. Vidare har man från Kommunernas sida valt att förtydliga att urvalet gjorts så att hänsyn även tagits till företagens storlek.

Länsrätten konstaterar att en formulering om att urvalet har skett i enlighet med grundläggande principer i LOU utan någon precisering av hur detta faktiskt kommer att efterföljas endast utgör en innehållslös fras (se Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 1793-06). Vikt måste därför läggas vid kriteriets enda reella urvalsgrund: strävan efter så vid geografisk spridning som möjligt. Någon närmre beskrivning av hur denna urvalsgrund ska bedömas saknas. Länsrätten konstaterar dock att EG-domstolen i ett antal domar har behandlat frågan om särbehandling av geografiska skäl och funnit att förfarandet strider mot fördraget (se t.ex. C-21/88, Du Pont de Nemours och C-243/89, Storebaelt,). En sådan urvalsgrund strider således mot principen om likabehandling.

Vidare kan konstateras att Kommunerna i samma kriterium har angett att ingen hänsyn ska tas till de anbudssökandes verksamhetsort eller storlek; en direkt motsättning till ett syfte att sträva efter så vid geografisk spridning som möjligt. Kriteriet får därmed även sägas vara behäftat med motsägelsefulla urvalsgrunder. Bristerna är sådana att en potentiell anbudssökande omöjligen har kunnat avgöra vilka faktorer som under selekteringsprocessen har legat till grund för urval av anbudsgivare. Utformningen strider därmed även mot transparensprincipen.

Länsrätten finner sammantaget att det kriterium enligt vilket urval av sins-  
emellan kvalificerade anbudssökande har skett strider mot principerna om  
transparens och likabehandling. Redan på denna grund finns anledning att  
förordna om ingripande enligt LOU. Det saknas därför anledning att pröva  
övriga av SK.OP anförda invändningar, såsom huruvida urvalsprocessen de  
facto har gått till genom lottning eller godtyckligt urval. Då felet är att hän-  
föra till själva underlaget för urval av anbudssökande är rättelse inte en  
tillräcklig åtgärd. Upphandlingen ska således göras om.

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



Barbro Lundholm

Rådman

Handläggare har varit länsrättsnotarien Magnus Eriksson.



## 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.