

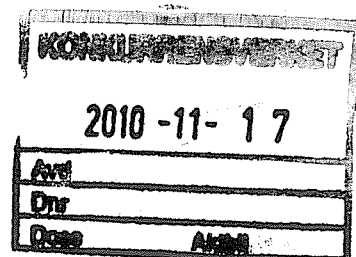


**KLAGANDE**

Titania Bygg och VVS AB, 556687-5083  
Ernst Ahlgrens väg 1-3  
112 55 Stockholm

**MOTPART**

Huge Fastigheter AB, 556233-5900  
Box 1073  
141 22 Huddinge



**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrättens i Stockholm dom den 16 september 2010  
i mål nr 37419-10, se bilaga A

**SAKEN**

Offentlig upphandling

---

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten bifaller överklagandet och förordnar, med ändring av förvaltningsrättens dom, att Huge Fasigheter AB:s upphandling av stambyte i Kv. Taket 1 (dnr. HF 2010-0192) ska göras om.

---

**YRKANDEN M.M.**

**Titania Bygg och VVS AB** (nedan bolaget) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, ska rätta upphandlingen så att bolagets anbudsansökan accepteras och att bolaget kvalificeras att lämna anbud i Hüge Fasigheter AB:s (nedan Hüge) upphandling av stambyte i Kv. Taket 1 (dnr. HF 2010-0192). Alternativt yrkas att upphandlingen ska göras om.

**Hüge** bestrider bifall till överklagandet.

**Bolaget** anför som grund för sin talan bl.a. följande. Ett förfarande där skälen till varför en viss leverantör valts ut inte behöver anges kan inte anses förenligt med de principer som bygger upp den svenska förvaltningen eller de EU-rättsliga principer som ligger till grund för upphandlingslagstiftningen. Förvaltningsrätten resonerar på ett anmärkningsvärt sätt när den i domen anger att upphandlingen varit transparent och likabehandlande, trots att inga dokument förevisats som stödjer att urvalet skulle ha skett på ett likabehandlande sätt. Detta strider mot den hittills vedertagna uppfattning som Nämnden för offentlig upphandling (NOU) så sent som 2007 gett uttryck för avseende urvalsupphandling. Att lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) inte ger någon vägledning för hur urvalet av anbudssökande ska gå till i en urvalsupphandling innebär inte att det är fritt fram att välja vem man vill. För att principen om transparens ska kunna anses uppfylld är det minsta som kan begäras att urvalet av anbudssökandena inte sker efter fritt skön. Eftersom urvalsupphandling utgör en anpassning till vad som gäller för det direktivstyrda området finns det inte bara anledning att reglerna för urval ska tillkännages på förhand, utan även att skälen för besluten ska kommuniceras på ett transparent sätt.

Det har inte angetts tillräckligt precisa urvalskriterier för att anbudsgivaren ska kunna veta vad som värderas högst av den upphandlande myndigheten. Ingen kvantifiering av antalet lyckade uppdrag som ska ha utförts har

angetts. Det innebär att anbudssökandena inte får någon uppfattning om vilken omfattning den upphandlande myndigheten förväntar sig att anbudsgivarens verksamhet ska ha. Hade urvalskriteriet kvantifierats på något sätt hade anbudssökandena kunnat avgöra om det var värt att lämna in anbudsansökan. Redan av det skälet brister urvalskriteriet i transparens.

Huge har inte angett några skäl till varför bolagets genomförda projekt skulle vara mindre lyckade än andra anbudsgivares projekt. Några skäl till varför bolagets förteckning över referensuppdrag för liknande projekt skulle vara sämre än någon annans har inte heller framkommit i upphandlingen. Bolaget har den tekniska kompetens som krävs för att utföra det aktuella uppdraget och en stor mängd liknande uppdrag som tidigare utförts vilket visats i anbudsansökan.

Bolaget har inte på grundval av urvalskriterierna kunnat avgöra vad Huge skulle komma att tillmäta betydelse vid urvalet av anbudssökande och har därför inte kunnat utforma ansökan om att få lämna anbud på rätt sätt. Bolaget har därför lidit eller riskerar att lida skada.

Bolaget åberopar bl.a. NOU:s ärende om urvalsupphandling av tryckeritjänster, dnr. 2005/0199-26.

**Huge** anför som grund för sin inställning bl.a. följande. Anbudsinbjudan uppfyller lagens krav och innehåller även de upplysningar som Konkurrensverket anser bör finnas med i en inbjudan. Urvalskriterierna är utformade på sådant sätt att kravet på förutsebarhet och transparens är uppfyllt samt att det utifrån kriterierna är möjligt att göra ett urval av anbudssökande. För att visa anbudssökandens lämplighet att utföra det efterfrågade uppdraget ska sökanden enligt kvalificeringsunderlaget inkomma med förteckning över referensuppdrag avseende tidigare utförda projekt. För att visa vilken teknisk kapacitet och kompetens sökanden besitter för att utföra uppdraget ska sökanden bifoga förteckning över

organisationen samt CV för nyckelpersoner hos sökanden. I kvalificeringsunderlaget har således tydligt angetts vilka kriterier som kommer att användas vid urvalet av anbudssökande. Utifrån de angivna kriterierna har av anbudssökandena lämnade uppgifter värderats och de anbudsgivare som är mest lämpliga att utföra det efterfrågade uppdraget valts ut. Situationen i förevarande ärende är således en annan än den som var föremål för bedömning i det av bolaget åberopade ärendet från NOU. I det ärendet hade den upphandlande myndigheten över huvud taget inte ställt upp kriterier för hur urvalet skulle ske.

Av kvalificeringsunderlaget framgår att anbudssökandena ska bifoga förteckning över de referensuppdrag för liknande projekt som sökanden vill åberopa och som har utförts de senaste två åren. Redan genom begränsningen i tid följer att det inte kan bli fråga om obegränsat antal uppdrag. Det står naturligtvis anbudssökandena fritt att åberopa sådana uppdrag som kan tänkas övertyga om sökandens lämplighet att utföra det efterfrågade uppdraget. Anbudssökandena har utvärderats utifrån lämnade uppgifter om tidigare utförda uppdrag samt kompetens att utföra de efterfrågade uppdragen. Utifrån urvalskriterierna har de anbudssökande som presenterat de mest meriterande uppdragen valts ut.

Huge åberopar bl.a. en utskrift från Konkurrensverkets hemsida om vad en ansökningsinbjudan vid urvalsupphandling ska respektive bör innehålla.

Kammarrätten har den 24 september 2010 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

### **SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten har först att ta ställning till om kriterierna för urvalet i den aktuella upphandlingen strider mot kravet på transparens (öppenhet och förutsebarhet).

Som förvaltningsrätten konstaterat saknas närmare bestämmelser i LOU om hur urvalet ska gå till vid ett urvalsförfarande. Förarbetena ger inte heller någon vägledning i detta avseende annat än att urvalet, om fler leverantörer kvalificerar sig än vad som angetts i ansökningsinbjudan, ska ske genom ett objektivi förfarande (se prop. 1999/2000:128 s. 40). Att principen om transparens därvid måste beaktas följer av hänvisningen i 15 kap. 2 § LOU till 1 kap. samma lag.

I ärendet som åberopas av bolaget fann NOU att den upphandlande myndigheten i en urvalsupphandling enligt dåvarande 6 kap. LOU (numera 15 kap. LOU) brutit mot LOU bl.a. genom att ansökningsinbjudningarna inte innehöll tillräckliga uppgifter för att de grundläggande principer som bär upp LOU ska anses ha iakttagits. I de aktuella upphandlingarna hade upphandlande myndighet efterfrågat bl.a. referenser, en kort beskrivning av företaget och dess verksamhet samt upplysningar om företagens erfarenhet av liknande produkter och liknande produktion. Enligt NOU hade upphandlande myndighet emellertid inte ställt upp några kriterier som kunde ge ledning för hur ett urval skulle gå till – inte ens något som kunde betecknas som kvalificeringskrav. I ärendet redogjorde NOU även för Kammarrättens i Göteborg dom den 21 juni 2006, mål nr 1793-06, i vilken kammarrätten hade funnit att absoluta krav som anges i inbjudan att delta i upphandlingen inte kan användas för att göra ett urval för det fall fler än det maximala antalet anbudssökande som ska bjudas in att lämna anbud uppfyller de ställda kraven.

De kriterier som Huga använt sig av vid urvalet av anbudssökande i förevarande fall har angetts i kvalificeringsunderlaget och formulerats enligt följande.

- Företaget ska visa att man på ett fullgott sätt genomfört olika uppdrag inom området.

- Företaget ska visa att det har tillgång till den kompetens som krävs för att genomföra uppdraget.

Huge har till kammarrätten uppgett att utifrån dessa kriterier har de anbudssökande som presenterat de mest meriterande uppdragen och befunnits vara mest lämpliga att utföra det efterfrågade uppdraget valts ut.

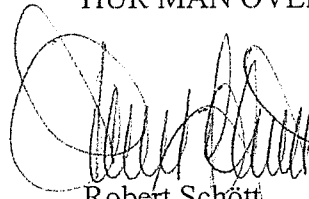
Kammarrätten gör följande bedömning.

Urvalskriteriernas utformning i förevarande fall är, enligt kammarrättens mening, absoluta i den meningen att anbudssökanden antingen visat vad som efterfrågats beträffande tidigare uppdrag och tillgång till kompetens eller inte visat detta. Kriterierna i sig ger således inte Huge något utrymme att välja ut anbudssökanden efter mer eller mindre lämplighet att utföra det aktuella uppdraget. Vidare framgår det inte av urvalskriterierna eller av kvalificeringsunderlaget i övrigt efter vilka grunder den ena anbudssökanden skulle bedömas som mer lämplig än den andra eller ett uppdrag skulle anses som mer meriterande än ett annat. Mot bakgrund härav finner kammarrätten att det inte har varit möjligt att förutse hur urvalet skulle gå till. Upphandlingen kan därmed inte anses uppfylla de krav på transparens som ställs i en offentlig upphandling.


Bolaget har till sin anbudsansökan bifogat de uppgifter som efterfrågats i kvalificeringsunderlaget och bolaget är utifrån urvalskriterierna, såvitt framkommit i målet, lämpligt som leverantör. Eftersom bolaget likväl inte inbjudits att lämna anbud i upphandlingen finner kammarrätten att det begångna felet medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Redan på denna grund föreligger förutsättningar för ingripande enligt LOU. Med hänsyn till att felet som förekommit påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om (jfr RÅ 2005 ref. 47). Överklagandet ska därför bifallas på detta sätt.

---


HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



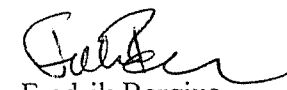
Robert Schött  
kammarrättsråd  
ordförande



Eva Lagebrant Torén  
kammarrättsråd  
referent



Ulrika Kullman  
assessor



Fredrik Bergius  
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM  
Allmänna avdelningen

DOM  
2010-09-16  
Meddelad i  
Stockholm

Biilaga 7

4

Sida 1 (7)

Mål nr  
37419-10  
Enhet 15

### SÖKANDE

Titania Bygg och VVS AB, 556687-5083  
Ernst Ahlgrens väg 1-3  
112 55 Stockholm

### MOTPART

Huge Fastigheter AB, 556233-5900  
Box 1073  
141 22 Huddinge

### SAKEN

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

---

### DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut av den 11 augusti 2010 upphör  
därmed att gälla.

Dok.Id 58205

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



## BAKGRUND

Huge Fastigheter AB (Huge) har påbörjat en upphandling av stambyten i Taket 1, dnr HF 2010-0192. Upphandlingen genomförs som ett urvalsförfarande.

Huge meddelade den 28 juli 2010 Titania Bygg & VVS AB (Titania) att bolaget inte bjöds in att lämna anbud. Huge inledde därefter fas 2 i upphandlingen genom att inbjuda de företag som valts ut i fas 1.

Förvaltningsrätten har den 11 augusti 2010 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har förordnats.

## YRKANDEN M.M.

**Titania** ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse har skett på så sätt att Titanias anbud tas med i utvärderingen. I andra hand yrkar Titania att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför Titania bl.a. följande. Titania har uteslutits utan att ha meddelats saklig grund för detta. Utvärderingen av de anbudssökande bolagen har inte skett enligt någon form av i förfrågningsunderlaget utläsbara grunder. Huge har skaffat sig fri prövningsrätt av anbudssökandena, vilket strider mot grundläggande principer inom upphandlingsområdet. Då det inte framgår av förfrågningsunderlaget hur urvalet kommer att gå till har Huge brutit mot principerna om transparens och likabehandling. Ett förfarande där urval görs efter regler som inte är kända för de anbudssökande företagen kan inte godkännas. Trots att det inte finns regler om hur urvalet vid urvalsupphandling ska gå till är de grundläggande upphandlingsprinciperna i 1 kap. 9 § LOU tillämpliga. Det är inte möjligt att upp-

rätthålla reglerna om likabehandling och transparens utan att på förhand informera leverantörerna om hur urvalet till anbudsgivningen ska gå till samt om vilka regler som kommer att styra urvalet. Både vid urvalsupphandling och selektiv upphandling följer av likabehandlingsprincipen att anbudssökande ska behandlas utan ovidkommande hänsyn och att urval ska ske på objektiva grunder. Rent godtyckliga urvalsgrunder bör inte få komma på fråga. Det är lagstridigt att förbehålla sig fri prövningsrätt vid offentliga upphandlingar. Även om Huga angivit vissa kriterier för hur urvalet kommer att ske, har det inte framkommit någon motivering till varför Titania inte skulle uppfylla dessa kriterier bättre eller sämre än något av de andra deltagande bolagen. Det har inte heller framgått hur viktningen av kriterierna kommer att ske eller vilka kriterier som tillmätts betydelse för urvalet. Huga har inte förklarat hur bedömningen och graderingen har skett i enlighet med dessa kriterier. Genom att detta inte redovisas strider upphandlingsförfarandet mot principerna om transparens och likabehandling. Titania har både tillräcklig kompetens och kapacitet för att utföra arbetet på bästa sätt. För det fall kvalificeringskraven skulle gå utöver detta strider det mot principen om proportionalitet. Huges tilldelningsbeslut ger inte anbudsgivarna möjlighet att ta del av hur utvärderingen gått till. Huga har därmed skaffat sig fri prövningsrätt vid urvalet av anbudsgivare. De upphandlingsrättsliga principerna ska upprätthållas även under tröskelvärdena. Anbudsgivarna måste utvärderas objektivt efter att ha klarat kvalificeringskraven. Redan i kvalificeringsfasen måste det finnas objektiva kriterier på vilka urvalet ska ske. Enligt principen om transparens ska den upphandlande myndigheten redovisa de objektiva skälen att utesluta en leverantör annars kan den upphandlade myndigheten inte visa att urvalet har skett objektivt.

**Huga** bestrider yrkandet om ingripande enligt LOU och anför bl.a. följande.

Huge har valt att genomföra upphandlingen som en urvalsupphandling eftersom entreprenaden beräknas ha ett värde som understiger lagenliga tröskelvärden. Inbjudningsbrevet beskriver att samtliga får ansöka om att lämna anbud enligt kraven som ställts i kvalificeringsunderlaget. Bland de ansökande företagen som uppfyller de krav som ställts kommer 6-8 st att väljas ut att få lämna anbud. Huges bedömning av vilka som anses lämpligast för att gå vidare till att få lämna anbud följer de kriterier som ställts upp i kvalificeringsunderlaget. För att kunna göra en rättvis bedömning av anbudssökandes kompetens har Huge krävt förteckning över referensuppdrag och CV för inblandade nyckelpersoner i enlighet med punkterna 5-6 i kvalificeringsunderlaget. Huge har därmed på ett tydligt och transparent sätt talat om vilka kriterier som ligger till grund för bolagets urval till den anbudsgivande fasen av upphandlingen. I denna fas görs ingen anbudsutvärdering utan endast ett urval där Huge bedömer de anbudssökandes lämplighet att komma ifråga som anbudsgivare. Bedömningen sker mot bakgrund av kriterierna i förfrågningsunderlaget. Alla anbudssökande har behandlats likvärdigt och rättvist. I kvalificeringsunderlaget har anbudssökande kunnat utläsa hur bedömningen av sökande ska ske. Bedömningen har utförts med stöd av kvalificeringsunderlaget. Titania har inte valts ut för att lämna anbud eftersom det finns andra anbudssökande som har bedömts mer lämpliga för det efterfrågade uppdraget.

**Titania** står fast vid sin ansökan.

#### UTREDNINGEN I MÅLET

I kvalificeringsunderlaget, bilaga 1 under rubriken "Kapacitet och kompetens" anges bl.a. följande.

Vid val av de anbudssökande som bjuds in att lämna anbud kommer följande kriterier att användas:

- Företaget ska visa att man på ett fullgott sätt genomfört olika uppdrag inom området.
- Företaget ska visa att det har tillgång till den kompetens som krävs för att genomföra uppdraget.

Ett urval kommer att göras där 5-10 st entreprenörer kommer att väljas ut för att få lämna anbud.

Ansökanden ska bifoga en förteckning över referensuppdrag för liknande projekt som ansökanden vid åberopa och som utförts under de senaste två åren. Uppgift ska innehålla projektens uppdragsgivare, adress, omfattning, åberopad referensperson och dennes telefonnummer.

Ansökanden ska ha teknisk kapacitet och kompetens för att utföra uppdraget. Förteckning över anbudssökandens organisation ska bifogas. I anbudssökandens organisation ska nyckelpersoner ha minst tre års erfarenhet från liknande projekt. Detta ska framgå av CV för respektive nyckelperson och ska bifogas till förteckningen.

## DOMSKÄL

### *Tillämpliga bestämmelser*

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap. 2§ LOU (i dess lydelse innan den 15 juli 2010) ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts 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 har lidit eller kan komma att lida skada.

*Förvaltningsrättens bedömning*

Den i målet aktuella upphandlingen genomförs som ett urvalsförfarande. Ett sådant förfarande innebär att alla leverantörer som önskar har rätt att ansöka om att få lämna anbud. Därefter görs ett urval av de anbudssökande leverantörerna som uppfyller de uppställda kraven. De leverantörer som väljs ut inbjuds att lämna ett anbud. Vid ett urvalsförfarande ska de allmänna principer som anges i 1 kap. 9 § iakttas.

Det saknas närmare bestämmelser i LOU om hur urvalet ska ske när ett urvalsförfarande tillämpas. Eftersom principerna om öppenhet och förutsebarhet ska iakttas måste de krav som leverantörerna ska uppfylla anges innan de ska ge in anbudsansökningarna. Därutöver måste enligt förvaltningsrättens mening även de kriterier som ligger till grund för själva urvalet anges. Dessa måste vara så utformade att det är klart för leverantörerna vad som kommer att vara av betydelse vid urvalet. Upphandlande enhet har utifrån urvalskriterierna att göra en bedömning av vilka leverantörer som ska bjudas in att lämna anbud. Det ligger i sakens natur att samma krav inte kan ställas i detta skede i förfarandet som vid utvärderingen av anbud. I så fall skulle syftet med förfarandet, att begränsa antalet anbud som ska utvärderas, inte uppnås.


Huge har i kvalificeringsunderlaget angett vilka kriterier som kommer att användas vid urvalet av vilka anbudssökanden som kommer att bjudas in att lämna anbud. Kriterierna är så utformade att kravet på öppenhet och transparens får anses uppfyllt. De är även utformade på ett sätt som gör det möjligt att göra ett urval. Skäl för ingripande med stöd av LOU på grund av urvalskriteriernas utformning föreligger därför inte.

Titania har även anfört att bolaget har uteslutits utan att ha meddelats saklig grund för detta. Enligt 15 kap. 19 § ska en upphandlande enhet till bl.a.

anbudssökanden lämna underrättelse om de beslut som avses i 9 kap. 9 §.  
Detta har skett genom en underrättelse daterad den 28 juli 2010. Skäl för  
ingripande till följd härav föreligger inte.

Det saknas således skäl för ett ingripande med stöd av LOU. Titanias an-  
sökan ska därför avslås.

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

  
Susanne Bägge

Rådman

Föredragande har varit Ann-Catrin Hegbo.

## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet.* Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.