

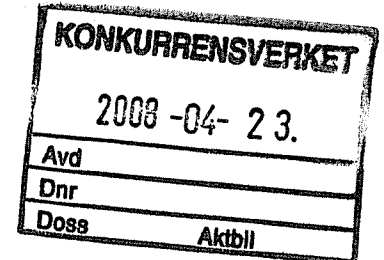


KLAGANDE

99 Design Creative Services Skulason & Baldursdottir KB, 916638-9313
Ombud: Chefjurist Pär Cronhult
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPART

Organisationskommittén för strålsäkerhet
Ombud: Advokat Peter Forsberg
Advokatfirman Vinge KB
Box 1703
111 87 Stockholm



ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Stockholms läns dom den 20 mars 2008 i mål nr 3652-08, se bilaga

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU

99 Design Creative Services Skulason & Baldursdottir KB (bolaget) fullföljer sin talan och anför i huvudsak följande. Bolagets talan kan sammanfattas enligt följande. 1. Kravet i den aktuella upphandlingen om att efterfrågad produktion av visuella tjänster även måste utgöra en "kärnverksamhet" strider mot EG-fördragets grundläggande principer om lika-behandling och icke-diskriminering samt proportionalitet. 2. Bolaget uppfyller dessutom detta krav genom att bolagets verksamhet med produktion av visuella tjänster faktiskt utgör en kärnverksamhet. 3. Eftersom bolaget uppfyller de krav på kvalifikation som kan ställas i upphandlingen och det varken av meddelandet om upphandling eller anbudsinsjudan framgår några ytterligare regler för hur urvalet mellan sinsemellan kvalificerade leverantörer skall gå till föreligger det inte någon möjlighet för Organisationskommittén för strålsäkerhet (Organisationskommittén) att utesluta bolaget från att delta med anbud. – Genom kravet på att produktionen av visuella tjänster måste utgöra en kärnverksamhet

begränsas konkurrensen och vissa leverantörer diskrimineras – vilka besitter tillräcklig kapacitet och kompetens för att tillfredsställa det för upphandlingen aktuella behovet men som har erfarenhet även från andra verksamhetsområden – framför andra leverantörer som har koncentrerat sin verksamhet till att avse enbart den efterfrågade tjänsten. Vidare riskerar företag som bedriver olika verksamhetsdelar inom samma juridiska person att diskrimineras i förhållande till företag som har delat upp sin verksamhet i självständiga juridiska personer. Kravet på kärnverksamhet begränsar sig inte heller till den tjänst som är föremål för kontraktet utan omfattar även en bedömning av sådana tjänster som har levererats eller skall levereras till andra kunder än Organisationskommittén.

– Av länsrättens domskäl framgår att det nu aktuella kravet om att produktion av visuella tjänster skall utgöra en ”kärnverksamhet” avser bedömningen av anbudssökandens erfarenhet. Detta är emellertid missvisande. Av utredningen i målet framgår att bolaget obestritt besitter betydande erfarenhet från produktion av visuella tjänster.

Organisationskommittén bestrider bifall till överklagandet och anför i huvudsak följande. Upphandlingen avser en visuell identitet för en ny myndighet. Då skapandet av visuella identiteter ryms inom disciplinen grafisk design har krav ställts på att anbudsgivare skall vara designbyrå med produktion av visuella identiteter som kärnverksamhet. Kravet är därmed relevant, ändamålsenligt och har ett naturligt samband med föremålet för upphandlingen. Kravet innebär inte att anbudsgivare som även bedriver annan verksamhet utesluts men anbudsgivare måste visa att produktion av visuella identiteter utgör kärnverksamheten då det är detta som upphandlingen avser och därmed är relevant för upphandlingen. Kravet går inte längre än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med upphandlingen. Kravet är således proportionerligt och på intet sätt kan kravet anses innebära en olikabehandling eller en diskriminering av anbudssökande. I bolagets anbudsansökan uppges bolaget vara en reklambyrå med marknadskommunikation som affärsidé vilket genomsyrar presentationen av bolaget och dess organisation genom angivna

kompetensprofiler och referenser. Baserat på vad bolaget angett i sin anbudsansökan utgör därför bolaget, enligt Organisationskommitténs bedömning, inte en designbyrå med produktion av visuella identiteter som kärnverksamhet. De referensuppdrag som bolaget lämnat är vidare inte relevanta för uppdraget och avser inte heller produktion av visuella identiteter. Dessa utgör således inte något stöd för påståendet att bolaget har design av visuella identiteter som kärnverksamhet.

DOMSKÄL

Organisationskommitténs upphandling är en urvalsupphandling och avser enligt meddelandet om upphandling en visuell identitet för den nya myndigheten, den visuella identiteten applicerad på ett antal fastställda kontaktytor och en manual som ger vägledning och grafiska riktlinjer. Organisationskommittén har bedömt att det för uppdraget krävs ett företag som är specialiserat inom grafisk design, dvs. gestaltning och kreativt uttryck för identiteter och värderingar efter bl.a. strategisk organisations- och verksamhetsanalys. I meddelandet om upphandling har därför ställts krav på att anbudsgivaren skall vara designbyrå med produktion av visuella identiteter som kärnverksamhet. Organisationskommittén har anfört att så länge som detta krav är uppfyllt så innebär inte kravet som sådant att anbudsgivare som även bedriver annan verksamhet utesluts.

Organisationskommittén har som en av två grunder för att inte erbjuda bolaget att få lämna anbud anfört att bolaget i sin företagspresentation beskrivs som en reklambyrå och inte som en designbyrå med produktion av visuella identiteter som kärnverksamhet.

Enligt kammarrättens mening får kravet på "kärnverksamhet" i förevarande fall uppfattas så att det är de som har produktion av visuella identiteter som sin huvudsakliga verksamhet eller som en av sina huvudsakliga verksamheter som avses. Uppställande av ett sådant krav innebär att befintlig konkurrens inte utnyttjas eftersom sådana leveran-

törer som besitter tillräcklig kapacitet och kompetens för att utföra uppdraget men som inte kan anses ha produktion av visuella identiteter som en huvudsaklig verksamhet i sin totala verksamhet utesluts från möjligheten att få erbjudande om att lämna anbud. Kravet på att produktionen av visuella identiteter skall vara en kärnverksamhet strider därför mot kravet i 1 kap. 4 § LOU att upphandling skall ske med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns. Organisationskommittén har därför inte haft fog för att uppställa ett sådant krav och har därmed inte heller haft fog för sitt beslut att inte erbjuda bolaget att lämna anbud på grund av att bolaget enligt kommitténs mening inte uppfyllt detta krav.

Organisationskommittén har vidare som grund för att inte erbjuda bolaget att få lämna anbud gjort gällande att kommittén, utifrån innehållet i bolagets redovisning, funnit att bolaget inte har erfarenhet från liknande uppdrag.

Av meddelandet om upphandling kan bl.a. utläsas att anbudsgivaren skall lämna uppgift om vilken erfarenhet som finns från liknande aktuella uppdrag. Enligt kammarrättens mening har bolaget lämnat uppgift om vilken erfarenhet det har från liknande aktuella uppdrag. Fråga uppkommer då om Organisationskommitténs bedömning att bolaget, utifrån innehållet i bolagets redovisning, inte har erfarenhet från liknande uppdrag, är en del av kontrollen av om bolaget uppfyller kraven för att få delta i urvalet eller om bedömningen är en del i det urval som skall göras av de anbudssökande som kvalificerat sig för att delta i urvalet.

Av meddelandet om upphandling framgår bl.a. att urvalet kommer att ske genom bedömning av leverantörens ekonomiska ställning, tjänsteutbud, erfarenhet, arbetsmetodik, organisation, kompetens och referenser. Det framgår dock inte något närmare om hur detta urval kommer att ske. Det framgår därmed inte heller direkt om någon som t.ex. inte har någon erfarenhet från liknande uppdrag som det aktuella ändå kan komma i

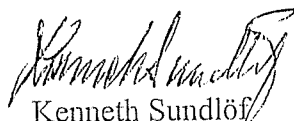
fråga för erbjudande om att lämna anbud. Av meddelandet om upphandling framgår dock även att tre referenser med relevans för uppdraget skall anges. Vid en sammantagen bedömning av innehållet i meddelandet om upphandling får det enligt kammarrättens mening därför ändå anses framgå att ett krav för att få delta i urvalet är att erfarenhet av liknande uppdrag finns. Bedömning av om den erfarenhet som redovisas avser liknande uppdrag får därmed anses ingå i bedömningen av om kvalifikationskraven för att få delta i urvalet är uppfyllda. Enligt kammarrättens mening har Organisationskommittén, särskilt med hänsyn till de referenser bolaget åberopat, haft fog för sin uppfattning att de inte kan finna att bolaget, utifrån dess redovisning, har erfarenhet från liknande uppdrag. Bolaget har därmed inte uppfyllt kraven för att få delta i själva urvalet. Det har visserligen inte kunnat förutses efter vilka inbördes grunder själva urvalet skulle göras. Detta har dock inte medfört någon skada eller risk för skada för bolaget eftersom bolaget inte hade kvalificerat sig för att få delta i denna senare del av upphandlingsprocessen. Överklagandet skall därför avslås.


DOMSLUT


Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut av den 27 mars 2008 upphör härmed att gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR (formulär 1) se bilaga.


Kenneth Sundlöf
kammarrättsråd


Astrid Eke
kammarrättsråd
referent


Anna Sellin
tf. assessor

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2008-03-20
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
3652-08
Rotel 221

SÖKANDE

99 Design Creative Services, Skulason & Baldursdottir KB, 916638-9313

Ombud: Pär Cronhult, chefsjurist
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPART

Organisationskommittéen för strålsäkerhet

Ombud: Advokat Peter Forsberg
Advokatfirman Vinge KB
Box 1703
111 87 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om ingripande enligt lagen om offentlig upphandling.

Länsrättens interimistiska beslut från den 21 februari 2008 upphör i och med denna dom att gälla.

Dok.Id 315393

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

BAKGRUND

Organisationskommittén för strålsäkerhet (Organisationskommittén) har genomfört en urvalsupphandling avseende tjänster för grafisk formgivning/visuell identitet. Organisationskommittén meddelade 99 Design Creative Services Skulason & Baldursdottir KB den 21 januari 2008 att bolaget inte bjöds in att lämna anbud. I förtydligande angående urvalsupphandling av visuell identitet har Organisationskommittén förklarat att bolaget inte bjudits in att lämna anbud med anledning av att bolaget i sin företagspresentation beskrivit företaget som en reklambyrå, vilket inte efterfrågades i ansökningsinbjudan, samt att Organisationskommittén funnit att bolaget inte har erfarenhet från liknande uppdrag. I beslut angående anbud av visuell identitet den 14 februari 2008 har Organisationskommittén beslutat att anta anbud från Neumeister.

99 Design Creative Services Skulason & Baldursdottir KB (bolaget) har ansökt om överprövning och yrkat att länsrätten beslutar interimistiskt att upphandlingen inte får avslutas innan rätten förordnar annat i målet.

Länsrätten har i beslut den 21 februari 2008 med stöd av 7 kap. 2 § LOU förordnat att Organisationskommittén tills vidare inte får avsluta upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar i första hand att upphandlingen rättas på så vis att Bolaget inbjuds för anbudsgivning och i andra hand att upphandlingen skall göras om. Bolaget anför bl.a. följande. Organisationskommittén har vid den urvalsprocess varigenom bolaget nekats deltagande bortsett från vad bolaget uppgivit i sin anbudsansökan samt genomfört urvalet i enlighet med icke i förväg offentliggjorda kvalitativa kriterier. Upphandlingen har därmed

handlagts i strid mot kravet på affärsmässighet samt principerna om transparens och likabehandling.

EG-domstolen har i dom av den 12 december 2002 i mål C-470/99, *Universale Bau*, REG 2002, s. 1-11617, pp. 87-95, konstaterat att principen om likabehandling utgör grunden för direktiven om offentlig upphandling och innebär en skyldighet att lämna insyn så att det kan kontrolleras att principen iakttas i syfte att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera att upphandlingsförfarandena är opartiska. Härav framgår att då kontrakt skall tilldelas vid offentlig upphandling måste principen om likabehandling av möjliga anbudsgivare och principen om likabehandling 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. Det fordras därför att både kriterierna för valet av anbudssökande och kriterierna för tilldelning av kontrakt offentliggörs. Domstolen fastslog också att det vid ett selektivt förfarande, i analogi med bestämmelserna vid ett förhandlat förfarande, kan fordras att de anbudssökande väljs ut i enlighet med offentliggjorda kvalitativa kriterier.

Av bolagets anbudsansökan framgår tydligt att bolaget är en designbyrå, vilket styrks av bolagets firma jämte till anbudsansökan ingivet registreringsbevis från Bolagsverket. Bolaget är, liksom det bolag som sedermera tilldelades uppdraget, registrerad för att bedriva grafisk design. Att bolaget också bedriver reklamverksamhet kan i sammanhanget inte tillmätas någon avgörande betydelse. Design och reklambyråverksamheter utgör snarlika verksamheter och det erinras om att aktuella tjänster för vilka upphandlingen har utlysts, "grafisk formgivning", hänför sig till tjänstekategorin 13 "Tjänster avseende annonsering (reklam)" enligt bilaga A till LOU. Någon möjlighet för Organisationskommittén att utesluta bolaget på den grunden

att bolaget även bedriver reklambyråverksamhet föreligger inte. Organisationskommitténs beslutsmotivering innebär således diskriminerande särbehandling av bolaget på ett sätt som strider mot likabehandlingsprincipen och 1 kap. 4 § LOU.

Bolaget redovisar i sin anbudsansökan tydligt att bolaget har erfarenhet från liknande uppdrag. Till styrkande av detta har bolaget redovisat referenser i enlighet med meddelandet om upphandling. Bolaget uppfyller därmed kraven för anbudsgivning enligt förutsättningarna i meddelandet om upphandling. Någon möjlighet för Organisationskommittén att härutöver värdera bolagets erfarenhet jämfört med andra anbudsgivare föreligger inte eftersom det i meddelandet om upphandling inte har fastställts några regler för den inbördes betydelsen av uppfyllda kriterier i valet av anbudssökande. Vidare har Organisationskommittén såvitt framkommit inte ens kontaktat bolagets referenser för kontroll av bolagets erfarenhet. Grund för att utesluta bolaget från anbudsgivning på grund av bristande erfarenhet föreligger således inte. Eftersom det inte heller har kunnat förutses efter vilka inbördes grunder urvalet skulle göras strider upphandlingen också i övrigt mot kravet på transparens enligt 1 kap. 4 § LOU och gemenskapsrättens grundläggande principer.

Organisationskommittén bestrider att beslutet att inte inbjuda bolaget till anbudsgivning innebär diskriminerande särbehandling i strid med 1 kap. 4 § LOU. Eftersom bolaget inte uppgett sig vara en designbyrå med produktion av visuella identiteter som kärnverksamhet har bolaget inte kunnat komma ifråga som leverantör till Organisationskommittén. Bolagets ansökan om överprövning skall därför avslås redan på denna grund. Vidare bestrids att grunderna för urvalet av anbudssökande inte kunnat förutses då kriterierna som tillmätts betydelse vid urvalet (leverantörens ekonomiska ställning, tjänsteutbud, erfarenhet, arbetsmetodik, organisation, kompetens och referenser) tydligt har angetts i ansökningsinbjudan och avser anbudssökandens

ekonomiska och finansiella ställning samt tekniska kapacitet. De har relevans för den ifrågavarande upphandlingen och därför måste anses objektiva och i övrigt förenliga med 1 kap 4 § LOU.

Organisationskommittén har uppdraget att förbereda och genomföra bildandet av en ny myndighet, Strålsäkerhetsmyndigheten ("SM"), i vilken Statens strålskyddsinstitut ("SSI") och Statens kärnkraftinspektion ("SKI") läggs samman. Som en del av inrättandet av SM ingår att skapa en ny visuell identitet för myndigheten. Skapandet av visuella identiteter ryms inom disciplinen grafisk design/formgivning vilket typiskt sett tillhandahålls av designbyråer och förutsätter i det här fallet bl.a. strategisk analys av de samgående myndigheternas organisationer och verksamhetsinriktning i syfte att fastställa den identitet och de värderingar som myndigheterna representerar samt gestaltning och kreativt uttryck för denna visuella identitet och dessa värderingar på ett antal kontaktytor. I uppdraget ingår även att upprätta en manual som ger vägledning och grafiska riktlinjer. Organisationskommittén har därvid genomfört en upphandling av visuell identitet - grafisk formgivning. Upphandlingen har genomförts som en urvalsupphandling enligt 6 kap. LOU. I anbudsinbjudan anges bl.a. som villkor för deltagande att anbudsgivare skall vara en designbyrå med produktion av visuella identiteter som kärnverksamhet. Anbudssökanden skall bl.a. även bifoga följande:

- Kortfattad beskrivning av företaget, dess tjänsteutbud och organisation och vilken erfarenhet som finns från liknande aktuella uppdrag.
- Uppgift om hur länge företaget har bedrivit den efterfrågade verksamheten.
- Kort beskrivning av arbetsmetod samt den organisation som finns till förfogande för uppdraget.

Vidare skall tre referenser med relevans för uppdraget anges. Urvalet av anbudssökande sker genom en bedömning av leverantörens ekonomiska ställning, tjänsteutbud, erfarenhet, arbetsmetodik, organisation, kompetens

och referenser. Slutligen anges att fem anbudssökande inbjuds att lämna anbud. Totalt inkom anbudsansökningar från 13 leverantörer. Av dessa inbjöds fem till anbudsgivning.

Upphandlingen avser analys för, och skapandet av, en visuell identitet för den nya myndigheten för applicering på fastställda kontaktytor samt en manual som ger vägledning och grafiska riktlinjer. Som anges i anbudsinbjudan skall anbudsgivare vara designbyrå med produktion av visuella identiteter som *kärnverksamhet*. Detta för att understryka att anbudsgivare skall vara specialiserad inom grafisk design d.v.s. gestaltning och kreativt uttryck för identiteter och värderingar efter bl.a. strategisk organisations- och verksamhetsanalys. Grafisk design skiljer sig härvidlag från t.ex. reklam som innefattar marknadsföring av varumärken och marknadskommunikation (i säljfrämjande syfte), strategier kring varumärken och varumärkesbyggande vilket reklambyråer och varumärkesstrateger främst specialiserar sig inom.

I bolagets anbudsansökan uppges, under beskrivning av företaget och arbetsmetoder, bolaget vara en reklambyrå med marknadskommunikation som affärsidé: "vår kreativitet och vårt kunnande inom marknadskommunikation skapar en unik profil för våra kunder". Under arbetsmetoder anförs vidare att bolaget vänder sig till kunder "som tror som vi, bl.a. att företaget behöver en genomtänkt, analyserad strategi för marknadskommunikation" och betonar vikten för kunden av ett starkare varumärke, som bl.a. "attraherar nya kunder, ökar varumärkeslojalitet, hjälper produkterna att synas bättre, skrämmer konkurrenterna, ökar marknadsandelar och teamkänslan hos medarbetarna och ökar kraften i säljarbetet". Affärsidén återspeglas även i de kompetensprofiler som bolaget redovisat i samband med beskrivningen av dess organisation. Av de fem kompetensprofilerna, varav fyra utgör de anställda i bolaget, och således den organisation som finns till förfogande för uppdraget, uppges endast en arbeta med grafisk design. Av de fyra övriga uppges en person arbeta med varumärkesstrategi, marknadsundersök-

ningar och marknadsanalys, en person med marknadsföring och kampanjer, en person med offensiv affärsutveckling och en person uppges vara programmerare och arbeta med IT och webblösningar. Referenserna avsåg slutligen varumärken för två mindre företag och ett varumärke i samband med ett evenemang i form av en Islandsdag i Stockholm. Baserat på vad bolaget har uppgivit i sin anbudsansökan utgör därför bolaget, enligt Organisationskommitténs bedömning, inte en designbyrå med produktion av visuella identiteter som kärnverksamhet varför bolaget inte valts ut bland de fem anbudssökande som inbjudits att lämna anbud. Organisationskommittén bestrider därför att beslutet att inte inbjuda bolaget till anbudsgivning innebär någon diskriminerande särbehandling av bolaget i strid med 1 kap. 4 § LOU. Då bolaget inte kunnat komma ifråga som leverantör till Organisationskommittén i upphandlingen skall således bolagets ansökan om överprövning avslås redan på denna grund.

Syftet med att införa urvalsupphandling var att förenkla och underlätta upphandlingar enligt 6 kap LOU. Alternativet, förenklad upphandling, medger inte någon möjlighet för upphandlande myndigheter att avvisa leverantörer med hänvisning till att det redan finns ett tillräckligt antal anbudsgivare med följd att utvärderingsprocessen kan bli mycket tids- och resurskrävande eftersom myndigheten måste utvärdera alla inkomna anbud. Varken LOU eller dess förarbeten innehåller emellertid några specifika regler om hur urvalet av de anbudssökande som inbjuds till anbudsgivning skall gå till vid urvalsupphandling. Oaktat detta måste naturligtvis de metoder eller de kriterier som används för urvalet framgå av anbudsinvjudan, vara objektiva och förenliga med huvudprincipen om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU och inte begränsa anbudskonkurrensen.

Organisationskommittén har i anbudsinvjudan anfört vilka kriterier som kommer att tillmätas betydelse vid urvalet (leverantörens ekonomiska ställning, tjänsteutbud, erfarenhet, arbetsmetodik, organisation, kompetens och

referenser). Dessa kriterier, som tydligt har angetts i ansökningsinbjudan, avser anbudssökandens ekonomiska och finansiella ställning samt tekniska kapacitet, har relevans för upphandlingen och måste därför anses objektiva och i övrigt förenliga med 1 kap. 4 § LOU. Ett krav på ytterligare tydliggörande av kriterierna i form av t.ex. inbördes viktning skulle innebära att dessa blev att likställa med tilldelningskriterier och att urvalsupphandling skulle likställas med förenklad upphandling. Organisationskommittén har dock valt att genomföra upphandlingen som en urvalsupphandling.

Bolaget gemälar bl.a. följande. Enligt den s.k. proportionalitetsprincipen får den upphandlande enheten inte ställa större krav på leverantörerna eller leveransen än som behövs och framstår som ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Förekommande krav på anbudsgivarna skall således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som skall täckas med upphandlingen. Ett kvalifikationskrav med innebörden att viss anbudssökande, förutom tillräcklig kapacitet att tillgodose den upphandlande enhetens aktuella behov, inte får bedriva även annan verksamhet strider exempelvis mot kravet på proportionalitet eftersom frågan om vilken annan verksamhet som leverantören ägnar sig åt saknar relevans för den upphandlande enhetens behov. Det nu aktuella kvalifikationskravet, att anbudssökande skall bedriva produktion av visuella identiteter "som kärnverksamhet", med innebörden att leverantörer som bedriver även annan verksamhet (exempelvis reklamverksamhet) inte kvalificerar sig för anbudsgivning, strider således mot proportionalitetsprincipen och kan av detta skäl rätteligen inte tillämpas.

Bolaget har visat att det är registrerat för bl.a. designbyråverksamhet. Av företagspresentationen framgår vidare att bolagets verksamhet till största delen består av grafisk formgivning i dess olika former samt att produktionen av visuella identiteter utgör en kärnverksamhet. Vad Organisationskommittén har påstått om att bolaget inte skulle ha produktion av visuella

identiteter som sin kärnverksamhet bestrids således såsom felaktigt. Den aktuella upphandlingen har enligt meddelandet om upphandling annonserats som "reklambyråtjänst". I upphandlingen efterfrågas vidare tjänsten "grafisk formgivning" vilken ingår i tjänstekategorin 13 "Tjänster avseende annonsering (reklam)", se bilagan 3 till LOU. Den efterfrågade tjänsten "grafisk formgivning", däribland "visuella identiteter", utgör således reklamtjänster i här aktuellt avseende. Att neka kvalificering enbart på den grunden att bolaget förutom designbyråverksamhet även är registrerat för reklambyråverksamhet framstår mot denna bakgrund som ologiskt och felaktigt.

Något urval mellan sinsemellan kvalificerade leverantörer kan överhuvudtaget inte göras eftersom det i förväg inte har redovisats några kriterier för hur urvalet skall gå till. Av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling samt öppenhet (transparens) följer en skyldighet för de upphandlande enheterna att behandla samtliga leverantörer (anbudssökande eller anbudsgivare) lika samt att lämna tillräcklig information i förväg om hur det praktiska tillvägagångssättet skall gå till. Principen om likabehandling motiveras av allmänna rättssäkerhetsskäl och syftar till att förhindra att det uppkommer en snedvriden konkurrens. Principen innebär att förutsättningarna för upphandling inte får gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt sätt, eftersom detta skulle kunna snedvrída konkurrensen. Av principen om öppenhet (transparens) följer vidare att förekommande värderingsgrunder måste redovisas redan i meddelandet om upphandling så att leverantörerna i förväg kan få klart för sig vad som krävs. Den upphandlande enheten får således inte innehålla väsentlig information om exempelvis förutsättningarna för hur urvalet mellan sinsemellan kvalificerade anbudssökande skall gå till. Värderingsgrunder får heller inte fastställas först efter det att anbudsansökningarna har kommit in.

Inför en urvalsupphandling (och selektiv upphandling) kan den upphandlande enheten välja mellan att antingen bjuda in samtliga leverantörer som kvalificerar sig eller begränsa inbjudningarna till att omfatta enbart ett visst antal av dessa leverantörer. Eftersom likabehandlingsprincipen inte tillåter att urval sker godtyckligt måste den upphandlande enheten någon gång under kvalifikationsprocessen fastlägga konkreta och objektiva värderingsgrunder för hur den skall värdera inkomna anbudsansökningar och jämföra sinsemellan kvalificerade leverantörer. Värderingsgrunderna måste kunna kvantifieras (poängsättas) på ett sätt som medger en jämförande bedömning. Saknas dylika grunder kan enheten överhuvudtaget inte genomföra något urval av leverantörer.

Förekommande värderingsgrunder skall i enlighet med kravet på öppenhet (transparens) vidare redovisas för de anbudssökande i förväg. Av meddelandet om upphandling skall således framgå inte bara vad som krävs för att kvalificera sig utan även vilka värderingsgrunder som skall komma att tillämpas vid urvalet mellan sinsemellan kvalificerade leverantörer. Skall, såsom i förevarande upphandling, urvalsvärderingen komma att genomföras med utgångspunkt i leverantörernas ekonomiska ställning, tjänsteutbud, erfarenhet, arbetsmetodik, organisation, kompetens och referenser, måste det klarläggas utifrån vilka värderingsgrunder som bedömningen skall komma att ske. Detta skulle kunna ske genom angivande av nyckeltal (t.ex. soliditet) eller av kvantitativa mått (exempelvis antalet referenser). Enligt kravet på öppenhet (transparens) skall anbudssökande leverantörer däremot inte behöva gissa sig till vad som krävs av dem för att komma ifråga för anbudsgivning. Några värderingsgrunder finns inte redovisade i den aktuella upphandlingen. Utifrån vilka utgångspunkter skall exempelvis anbudssökandenas "ekonomiska ställning" och "tjänsteutbud" tillmätas betydelse? Vad för slags "arbetsmetodik" framstår som önskvärd? På vilket sätt skall anbudssökandenas "referenser" bedömas och hur skiljer sig detta kriterium från kriterierna "kompetens" och "erfarenhet"? Organisationskommittén

synes närmast ha förbehållit sig fullständigt godtycke vid valet av vilka leverantörer som skall bjudas in för anbudsgivning.

Organisationskommittén genmäler bl.a. följande. Organisationskommittén bestrider att det uppsatta kravet på att anbudsgivare skall vara designbyrå med produktion av visuella identiteter som kärnverksamhet strider mot proportionalitetsprincipen. Upphandlingen avser en visuell identitet för en ny myndighet i vilken Statens strålskyddsinstitut och Statens kärnkraftinspektions verksamheter läggs samman. Då skapandet av visuella identiteter ryms inom disciplinen grafisk design har Organisationskommittén ställt krav på att anbudsgivare skall vara designbyrå med produktion av visuella identiteter som kärnverksamhet. Kravet är därmed relevant, ändamålsenligt och har ett naturligt samband med föremålet för upphandlingen. Kravet innebär inte att anbudsgivare som även bedriver annan (t.ex. reklam) verksamhet utesluts, men anbudsgivare måste visa att produktion av visuella identiteter utgör kärnverksamheten då det är detta som upphandlingen avser och därmed är relevant för upphandlingen. Kravet går därmed inte längre än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med upphandlingen. Kravet är således proportionerligt.

Vad gäller bolagets anbudsansökan så uppges bolaget vara en reklambyrå med marknadskommunikation som affärsidé vilket genomsyrar presentationen av bolaget och dess organisation genom angivna kompetensprofiler och referenser. Organisationskommittén har dock inte baserat sitt beslut att inte inbjuda bolaget till anbudsgivning på att bolaget bedriver annan (reklambyrå) verksamhet utan på att bolaget inte är en designbyrå med produktion av visuella identiteter som kärnverksamhet. Vad avser annonseringen av upphandlingen kan konstateras att samtliga tjänstekategorier i bilaga A och B är mycket allmänt angivna. Till exempel avser tjänstekategori 25 i bilaga B "hälso- och sjukvård samt socialtjänst" vilket lär innefatta ett brett spektrum av tjänster. Att en upphandlande myndighet exempelvis har angivit denna

kategori med specificeringen att upphandlad tjänst avser läkare med specialisering inom hjärnkirurgi torde därmed inte innebära att myndigheten måste kvalificera läkare med specialisering inom anesthesiologi enbart för att tjänstekategorin angetts som "hälso- och sjukvård". Organisationskommitténs upphandling har vidare annonserats med angivande av "grafisk formgivning" och inte reklam. Bolagets ansökan om överprövning skall därför avslås redan på denna grund.

De kriterier som angetts i anbudsinvjudan är de enda som använts i samband med urvalet i syfte att dels verifiera anbudssökandens ekonomiska och finansiella ställning i enlighet med vad som angivits i anbudsinvjudan samt dels anbudssökandens tekniska kapacitet, d.v.s. att anbudssökande är designbyrå med produktion av visuella identiteter som kärnverksamhet. Då kriterierna avser anbudssökandes ekonomiska och finansiella ställning samt tekniska kapacitet måste de anses objektiva och ha relevans för upphandlingen. I anbudsinvjudan framgår vidare vilka uppgifter anbudssökande skall lämna i förhållande till varje enskilt kriterium. Mot bakgrund härav och den allmänna beskrivningen av föremålet för upphandlingen måste det ha framstått som klart för samtliga leverantörer hur, och enligt vilka kriterier, urvalet skulle ske vilket även avsaknaden av frågor rörande kriterierna från de totalt 13 leverantörerna bekräftar. Kriterierna måste därför anses vara förenliga med huvudprincipen om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. För övrigt måste, i avsaknad av reglering i LOU och gemenskapsrätten, grunden för en ytterligare specificering av kriterier för urvalet ifrågasättas då dessa därmed skulle likställas med tilldelningskriterier med resultat att urvalsupphandling som upphandlingsform inte skulle tjäna något särskilt syfte jämfört med förenklad upphandling.

Bolaget gemäler bl.a. följande. Bolaget vidhåller att kravet på "kärnverksamhet" strider mot kraven på likabehandling och proportionalitet vid offentlig upphandling. Om två anbudsgivare var för sig besitter tillräcklig

kapacitet för att tillmötesgå den upphandlande enhetens behov men den ene dessutom besitter kapacitet även för annan verksamhet skall denne därmed inte anses mindre kvalificerad att delta med anbud i upphandlingen. Leverantörernas förutsättningar för att tillhandhålla den tjänst varom fråga är i upphandlingen är ju likvärdiga.

Bolaget vidhåller vidare att det besitter efterfrågad kompetens på området för produktion av "grafisk formgivning", närmare bestämt "produktion av visuella identiteter" samt att detta utgör kärnverksamheten i bolaget.

Skillnaden mellan "kvalifikationskriterier" och "tilldelningskriterier" sammanhänger med vad för slags förhållanden bedömningen avser och inte med tillvägagångssättet vid bedömningen. Kriterier som hänför sig till leverantörernas ekonomiska och finansiella ställning samt tekniska förmåga och kapacitet utgör kvalifikationskriterier medan kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utgör värderingskriterier. Poängsättning och viktning kan emellertid komma ifråga vid utvärderingen av såväl kvalifikationskriterier som värderingskriterier. I det förra fallet exempelvis för att skapa en rangordning inför urvalet mellan samsammanslagda kvalificerade leverantörer.

DOMSKÄL

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU, har upphört att gälla den 1 januari 2008 och har ersatts av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Enligt övergångsbestämmelserna till den lagen ska dock LOU alltjämt tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Upphandlingen i förevarande mål påbörjades före ikraftträdandet varför LOU är tillämplig.

Enligt 1 kap. 4 § LOU skall upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Enligt 7 kap. 2 § första stycket LOU skall rätten, om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Om det är fråga om en upphandling som avser 4 kap., får rätten vid vite förbjuda den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen utan att avhjälpa bristerna.

Utredningen i målet

Av anbudsinbjudan framgår bl.a. att uppdraget omfattar tre delar; en visuell identitet för den nya myndigheten, den visuella identiteten applicerad på ett antal fastställda kontaktytor och en manual som ger vägledning och grafiska riktlinjer. Som villkor för deltagande anges bl.a. att anbudsgivaren skall vara en designbyrå med produktion av visuella identiteter som kärnverksamhet. Anbudsgivaren skall vidare bl.a. lämna en kortfattade beskrivning av företaget, dess tjänsteutbud och organisation och vilken erfarenhet som finns från liknande aktuella uppdrag. Urvalet skall ske genom bedömning av leverantörens ekonomiska ställning, tjänsteutbud, erfarenhet, arbetsmetodik, organisation, kompetens och referenser.

Länsrättens bedömning

Länsrättens prövning utgör en kontroll av om det på grundval av de klagomål som sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som avses i 7 kap. 2 § LOU. Grund för ingripande mot upphandlingen kan föreligga om den upphandlande enheten åsidosatt kravet på affärs-
mässighet eller förbudet mot ovidkommande hänsynstaganden i 1 kap. 4 § LOU eller om andra gemenskapsrättsliga principer som skall beaktas vid offentlig upphandling har trätts för när. Vidare skall sökanden ha lidit eller riskerar att lida skada med anledning av de klagomål som framförts.

Bolaget har gjort gällande att det av Organisationskommittén uppställda kravet på att anbudsgivaren skall vara en designbyrå med produktion av

visuella identiteter som kärnverksamhet strider mot principen om proportionalitet.

Organisationskommitténs upphandling avser analys för och skapandet av en visuell identitet för en ny myndighet. Organisationskommittén har bedömt att för uppdraget krävs ett företag som är specialiserad inom grafisk design, d.v.s. gestaltning och kreativt uttryck för identiteter och värderingar efter bl.a. strategisk organisation och verksamhetsanalys. I anbudsinbjudan har därför ställts krav på att anbudsgivaren skall vara designbyrå med produktion av visuella identiteter som kärnverksamhet. Organisationskommittén har anfört att så länge detta krav är uppfyllt så innebär inte kravet som sådant att anbudsgivare som även bedriver annan verksamhet utesluts. Mot bakgrund av att upphandlingen avser just produktion av en ny visuell identitet finner länsrätten att kravet på att sådan verksamhet utgör kärnverksamhet hos anbudsgivaren är relevant för och står i proportion till ändamålet med upphandlingen. Det uppställda kravet kan därmed inte anses vara ett brott mot proportionalitetsprincipen.

Fråga uppkommer då huruvida bolaget uppfyller det uppställda kravet på att vara en designbyrå med produktion av visuella tjänster som kärnverksamhet. Av de handlingar som bolaget givit in till Organisationskommittén framgår att bolaget har en bredare verksamhetsprofil än den som efterfrågats i upphandlingen. Bolaget framträder som ett företag som huvudsakligen har sin verksamhet inom reklam och marknadsföring där grafisk design endast utgör en mindre del. Utifrån det material som Organisationskommittén haft att bedöma framstår bolaget sålunda inte som en designbyrå med produktion av visuella tjänster som kärnverksamhet. Bolaget har därmed inte uppfyllt uppställt villkor för att kunna bjudas in att lämna anbud. Organisationskommittén har redan på denna grund haft fog för att inte bjuda in bolaget att inkomma med anbud.

Bolaget har vidare anfört att Organisationskommittén inte ägt utesluta bolaget på grund av bristande erfarenhet av liknande uppdrag dels eftersom bolaget har visat att det har sådan erfarenhet och dels eftersom Organisationskommittén inte äger jämföra bolagets erfarenhet med övriga anbudsgivare eftersom den inbördes betydelsen av uppfyllda kriterier inte framgått på förhand.

I anbudsinbjudan har härvid framkommit att anbudsgivare skall ge en kortfattad beskrivning av vilken erfarenhet som finns från liknande uppdrag samt att urvalet skall ske bl.a. genom bedömning av denna erfarenhet. Det har i anbudsinbjudan visserligen inte framgått några regler för den inbördes betydelsen av uppfyllda kriterier för det fall att flera anbudssökande uppfyller samtliga kriterier, men såvitt framkommit har bolaget bedömts inte uppfylla kravet på efterfrågad erfarenhet överhuvudtaget. Bolaget har inte vad gäller uppgiven erfarenhet eller i övrigt jämförts med eller viktats mot andra ansökningar utan har endast bedömts inte uppfylla de i anbudsinbjudan på förhand uppställda villkoren för att inbjudas att inkomma med anbud. Länsrätten bedömer likaledes att bolaget i sin anbudsansökan inte visat att det uppfyller kravet på erfarenhet från liknande uppdrag. Organisationskommittén har sålunda även ägt utesluta bolaget på grund av bristande erfarenhet.

Sammanfattningsvis finner länsrätten inte att det föreligger grund för åtgärd enligt 7 kap. 2 § LOU. Begäran om överprövning skall således avslås.

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



Ulrika Melander

Länsrättsfiskal

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.

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.