

PM 2 2007-10-10 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (bristande likabehandling och transparens).

Statens Fastighetsverk har vid selektiv upphandling av tjänster för löpande fastighetsförvaltning m.m. på icke i förväg redovisade och till synes godtyckliga grunder genomfört urvalet av vilka leverantörer som skall bjudas in till anbudsgivning. Vidare har ett färre antal leverantörer bjudits in än som föreskrivs i lag.

Staten genom Statens Fastighetsverk (nedan Fastighetsverket) inhämtade genom annons i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) i april 2007 skriftliga anbudsansökningar avseende fastighetsförvaltning - dnr. 222-1430/07.

Upphandlingen utlystes som en s.k. *selektiv upphandling*, där ett begränsat antal leverantörer får bjudas in att lämna anbud och inga andra än de som bjuds in tillåts delta i upphandlingen. Av annonsen med inbjudan om att ansöka om att få lämna anbud framgår att upphandlingen avser tjänster för fastighetsförvaltning av totalt tio objekt belägna i centrala Stockholm, däribland kvarteret Rosenbad där regeringskansliet är beläget. Tjänsterna beskrivs i underlaget på följande sätt: "... skötsel av innergårdar, inklusive renhållning och tillsyn. Vinterväghållning skall vidare utföras mot särskild ersättning. Med anledning av högt ställda säkerhetskrav kommer personkontroll att begäras vid utförande av uppdraget" (CPV 77314000, CPV 902100000 samt CPV 90212000).¹

Vidare framgår av annonsen att lägst fem och högst åtta anbudssökande skall komma att bjudas in för anbudsgivning samt att anbudssökande för att kvalificera måste besitta "*Erfarenhet av liknande arbeten samt arbete i kulturhistoriskt värdefulla bebyggelseområden. Se ansökningsinbjudan...*".

Av den "ANSÖKNINGSINBJUDAN SELEKTIV UPPHANDLING" till vilken annonsen hänvisar framgår vidare att intresserade leverantörer skall lämna anbudsansökan (intresseanmälan) enligt en särskilt bifogad svarsblankett. "*Statens fastighetsverk väljer sedan ut ett antal bland de leverantörer som uppfyller ställda krav (steg 2). Till dessa skickas förfrågningsunderlag – övriga får meddelande om detta*" Som "*Villkor för deltagande i urvalsförfarandet*" anges vidare att de anbudssökande skall ge in "*• Företagspresentation. Ansökan skall innehålla kort presentation av företaget. • Referensuppdrag. Ansökan skall innehålla endast tre relevanta uppdrag. • Kort redovisning av uppdragen. Ansökan skall innehålla redovisning med referenter; namn och telefonnummer. • Intyg från behörig myndighet i det land där leverantören är etablerad som utvisar att leverantören har betalat föreskrivna skatter och avgifter. SKV 4820 blanketten, ifylld av både sökande och skattemyndighet*"²

Några ytterligare villkor för urvalet framgår inte, förutom vissa administrativa formkrav.³ Några kriterier för på vilket sätt urvalet mellan sinsemellan kvalificerade anbudssökande skall komma att ske redovisas inte heller, varken i annonsen om upphandlingen eller i skrivelsen med anbudsinbjudan.

Vid ansökningstidens utgång den 22 maj 2007 hade det enligt uppgift inkommit sex anbudsansökningar (Anbudssökande A-F). Genom en cirkulärskrivelse den 3 juli 2007 meddelade Fastighetsverket att åtminstone två av dessa (Anbudssökande E och F) inte skulle komma ifråga för anbuds-

¹ CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts av Europeiska unionen (European Commission, GD XV / B / 4) och klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att den skall ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom EU. - Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EEG/2195/2002) av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003.

² Statens fastighetsverk, missivskrivelse, rubricerad "ANSÖKNINGSINBJUDAN SELEKTIV UPPHANDLING" daterad den 12 april 2007 (dnr. 222-1430/07).

³ Som formkrav anges att anbudsansökan skall inges skriftligt i A4 format i ett original jämte tre kopior samt inte får uppta mer än 6 sidor.

räkning.⁴ Antalet till anbudsgivning inbjudna leverantörer uppgick således till fyra av totalt sex anbudssökande. Tillfrågat om grunderna för det genomförda urvalet har Fastighetsverket till en av de uteslutna leverantörerna (Anbudssökande E) uppgivit bl.a. följande:

”Av de anbudssökanden som bedöms kvalificerade erbjuds ett urval lämna anbud. Urvalet görs enligt principen några större, några mindre, några beprövade, några nya företag som bedöms ha god möjlighet att lämna bra anbud i en konkurrenssituation”.⁵

Någon rättelse redan på detta stadium av upphandlingen genomfördes inte. Först efter det att Anbudssökande E ansökt om överprövning i domstol (länsrätt)⁶ mot beslutet att inte bjuda in företaget till anbudsgivning i den aktuella upphandlingen – och därvid bl.a. åberopat att den redovisade urvalsprocessen synes ha skett på godtyckliga grunder och saknar stöd av i förväg offentliggjorda kvalitativa kriterier – har Fastighetsverket rättat sig. Rättelse genomfördes genom att även Anbudssökande E inbjöds att lämna anbud i upphandlingen. Någon rättelse eller omprövning avseende kvarvarande leverantör (Anbudssökande F) genomfördes inte.⁷

Upphandlingens värde kan uppskattas till minst c:a 500.000 kronor per år. Med tillämpning av gällande beräkningsbestämmelser för offentlig upphandling⁷ kan det samlade s.k. *kontraktsvärdet* således uppskattas till i vart fall c:a 42.000 kronor per månad, eller totalt c:a 2 miljoner kronor.

Gällande rätt

All offentlig upphandling och vad som äger samband med den, regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Skyldighet att följa lagens bestämmelser åvilar samtliga statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting, vilka enligt lagens terminologi benämns som ”*upphandlande enheter*”. Tillsynen över lagen utövades vid tidpunkten för det aktuella förfarandet av Nämnden för offentlig upphandling (NOU).⁸

Upphandling av tjänster för fastighetsförvaltning, inklusive städning och löpande underhåll (A-tjänster, kategori 14) skall inom den statliga sektorn (statliga myndigheter) handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU om det samlade kontraktsvärdet⁹ överstiger tröskelvärdet 130.000 särskilda dragningsrätter (sdr) eller 1,253 miljoner kronor.¹⁰ Understiger kontraktsvärdet angivna tröskelvärde skall handläggningen istället ske enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som huvudregel att all upphandling (oavsett upphandlingsförfarande) skall ske med utnyttjande av tillgängliga konkurrensmöjligheter och även i övrigt genomföras på ett affärsmässigt sätt. Anbudsgivare och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Lagen bygger därvid på ett antal i EG-fördraget stadfästa principer som även kommer till uttryck genom Europeiska gemenskapernas direktiv om offentlig upphandling.¹¹

⁴ Statens fastighetsverk, missivskrivelse, rubricerad ”AB0011000 och AB048000. Stockholm Kv Lejonet och Rosenbad m.fl. Markskötsel”, daterad den 3 juli 2007 och tillställt ”Företag som lämnat anbudsansökan”.

⁵ Statens fastighetsverk, e-postmeddelande den 7 juli 2007, rubr: RE: Markskötsel Kv. Lejonet och Rosenbad).

⁶ Länsrätten i Stockholms län, mål 16105-07. I målet yrkade Anbudssökande E på rättelse, alternativt att upphandlingen skulle göras om. Efter det att Fastighetsverket meddelat domstolen att rättelse kommit att genomföras på så sätt att även klaganden (Anbudssökande E) bjudits in till anbudsgivning, har länsrätten ogillat talan om överprövning på den grunden att domstolen inte kan förordna om rättelse sedan sådan redan har skett. (dom den 5 september 2007).

⁷ Efter Fastighetsverkets ovan redovisade beslut om rättelse avseende Anbudssökande E har också Anbudssökande F ansökt om överprövning mot upphandlingen. Detta mål handläggs för närvarande av Länsrätten i Stockholms län som mål nummer 19618-07.

⁸ Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling. Från och med den första september 2007 planeras tillsynsansvaret övergå på Konkurrensverket.

⁹ Om ett upphandlingskontrakt avseende tjänster inte anger något totalpris skall kontraktsvärdet enligt 5 kap. 7 § LOU beräknas till det fulla värdet av tjänsterna under kontraktets löptid om denna är högst 48 månader och till månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.

¹⁰ Gällande tröskelvärde från och med den 1 januari 2006 enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹¹ För närvarande regleras offentlig upphandling av tjänster genom Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiskaupphandlingsdirektivet) vilket, även om det ännu inte har implementerats genom införande av en ny svensk lag om offentlig upphandling, sedan den 1 februari 2006 har

Syftet med lagen om offentlig upphandling och de bakomliggande EG-direktiven och fördragsbestämmelserna är att säkra att all offentlig upphandling sker genom effektiv konkurrens och att leverantörer och deras ansökningar och anbud behandlas på ett likvärdigt och förutsebart sätt¹². Reglerna är utformade bl.a. i syfte att försvåra möjligheterna att vid offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader.

Bärande principer är bland annat upphandlingsdirektivens och ytterst EG-fördragets krav på lika-behandling: icke-diskriminering och insyn (*transparens*¹³). Detta innebär att samtliga tänkbara leverantörer till den offentliga sektorn skall ha möjlighet att lämna anbud på lika villkor.¹⁴

Vid tillämpning av de direktivstyrda bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU får en offentlig upphandling genomföras enligt förfarandet för *selektiv upphandling*. Motsvarande förfarande enligt de nationella bestämmelserna i 6 kap. LOU är *urvalsupphandling*. För båda dessa förfaranden gäller allmänt att urvalet skall ske med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och i övrigt genomföras på ett affärsmässigt sätt. Anbudssökande skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Av annonsen med inbjudan till ansökan om att få lämna anbud skall enligt 1 kap. 16 a § LOU bland annat framgå på vilket sätt som ansökan skall lämnas samt vilken dag som denna senast skall ha kommit in till den upphandlande enheten. Vidare skall framgå vilka villkor som gäller för tilldelning av kontrakt och vilka andra särskilda villkor som gäller för att delta. Enheten får enligt 7 a § samma kapitel begränsa inbjudan till ett visst antal leverantörer som den maximalt avser att bjuda in till anbudsgivning. Antalet skall bestämmas med hänsyn till arten av det som skall upphandlas och vara tillräckligt stort för att uppnå effektiv konkurrens. Det måste dock uppgå till minst fem och får uppgå till högst 20 inbjudna leverantörer.

Fråga om skyldighet för de upphandlande enheterna, att i förväg offentligt redovisa grunderna för hur urvalet av anbudssökande skall gå till har varit föremål för bedömning av bl.a. EG-domstolen i målet *Universale Bau* (C-470/99).

EG-domstolen hade i målet *Universale Bau* (C-470/99) att bedöma en *selektiv upphandling* där den upphandlande enheten bland annat hade genomfört urvalet av vilka anbudssökande som skulle bjudas in till anbudsgivning i enlighet med kriterier som varken framgick av meddelandet om upphandling (annonsen) eller av anbudsinfordran. Kriterierna framgick istället av handlingar som hade deponerats hos en notarie och som på ansökningsstadiet inte hade varit tillgängliga för anbudssökandena.

Domstolen, som förde ett principiellt grundat resonemang med utgångspunkt i likabehandlingsprincipen om icke-diskriminering och transparens, konstaterade inledningsvis att det relevanta upphandlingsdirektivet visserligen inte innehöll någon särskilda bestämmelser med krav på offentliggörande i förväg av kriterierna för att i ett selektivt förfarande välja ut de anbudssökande som skall anmodas att avge anbud. (p. 87), men att målet med direktivet var att undanröja hinder för etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster vid offentlig upphandling samt att öppna dessa marknader för en effektiv konkurrens mellan företagen i medlemsstaterna (p. 89).

trätt i kraft med för Sverige bindande s.k. direkt effekt. Äldre gemenskapsrättslig reglering, vilken legat till grund för 1992 års lag om offentlig upphandling, återfinns bl.a. i Europeiska rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor (det.s.k. varuupphandlingsdirektivet).

¹² Enligt EG/Romfördraget gäller en allmän princip om likabehandling. Fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen (prop. 1994/95:19, del 1 sid. 478) att "*Den i Romfördraget centrala likabehandlingsprincipen återfinns bl.a. i artikel 6 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Andra uttryckliga likabehandlingsprinciper återfinns i artikel 40 tredje stycket i Romfördraget angående likabehandling mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma jordbrukspolitiken samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har dock slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen*". Den allmänna likabehandlingsprincipen innebär att en medlemsstats myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa leverantörer framför andra, vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

¹³ "*Med transparens förstås främst skyldigheten för den upphandlande enheten att lämna information om upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt rättigheter för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vilka rättigheter och skyldigheter som föreligger. Vilka åtgärder en upphandlande enhet kommer att vidta under upphandlingsprocessen, skall således vara förutsebara för leverantörerna*" (Hentze och Sylvén, lagbokscommentaren, Norstedts, upplaga 1:2, sid. 15 f).

¹⁴ Se prop. 1992/93:88, sid. 59-60. Avseende affärsmässighetsrekvisitets innebörd, se även de senare utredningsbetänkandena "Mera värde för pengarna" (SOU2001:31) s. 69-89 samt "Nya upphandlingsregler" (SOU 2005:22) s. 216 ff.

Enligt principen om likabehandling, som utgör grunden för direktiven om offentlig upphandling skall enligt domstolen, den upphandlande enheten offentliggöra kriterierna och villkoren för varje offentlig upphandling på ett relevant sätt för att uppfylla detta mål (p. 90). Principen innebär således en skyldighet för den upphandlande enheten att lämna sådan insyn, så att det kan kontrolleras att likabehandling iaktas (p. 91). Denna skyldighet att lämna insyn, vilken åvilar varje upphandlande enhet, syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska (p.92). Härav framgår, enligt domstolen, att då kontrakt skall tilldelas vid offentlig upphandling måste principen om likabehandling av möjliga anbudsgivare och principen om insyn iaktas 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 (p.93).

Mot denna bakgrund och i analogi med bestämmelserna vid ett förhandlat förfarande fordras enligt domstolen att de anbudssökande väljs ut i enlighet med offentliggjorda kvalitativa kriterier (pp.94-95) Domstolen, som hade att besvara en begränsad frågeställning från den hänskjutande nationella domstolen (jfr. pp- 85-87) konstaterade således att om den upphandlande enheten i ett selektivt förfarande i förväg har fastställt regler för den inbördes betydelsen av kriterierna för att välja ut de anbudssökande som skall anmodas att avge anbud, skall denna myndighet ange detta i meddelandet om upphandling eller i anbudsinfordran (domslutet punkten 3).¹⁵

Det kan således, vid i vart fall selektiv upphandling, inte vara möjligt att på helt godtyckliga eller icke i förväg redovisade grunder välja ut vilka leverantörer som skall bjudas in att lämna anbud.

Från svensk nationell rättspraxis förtjänar vidare nämnas ett avgörande av Kammarrätten i Göteborg, vilken (i fråga om en urvalsupphandling enligt 6 kap. LOU) har angivit bl.a. följande:

”Huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § [LOU] får [...] ses som ett utflöde av de inom EG-rätten gällande principerna om bl.a. öppenhet och förutsägbarhet. Eftersom bestämmelsen återfinns i LOU:s allmänna del är den tillämplig på all upphandling, alltså även upphandling under tröskelvärdena enligt 6 kap. LOU. Det ter sig även naturligt att bestämmelsen ges samma innebörd, oavsett på vilken form av upphandling den tillämpas. De nämnda principerna om öppenhet och förutsebarhet skall därför beaktas även under tröskelvärdena [...] Det skall härefter påpekas att det urval av leverantörer som görs i en urvalsupphandling är något annat än den kvalificering av leverantörer som görs i alla upphandlingar. Kriterierna för urval av de leverantörer som skall ges möjlighet att lämna anbud måste alltså skiljas från kvalificeringsfasen. [...] Vid urvalsupphandling skall kvalificeringskraven anges innan leverantörerna skall ge in anbudsansökningar. De kriterier för utvärdering av leverantörernas anbud som den upphandlande enheten avser att tillämpa skall anges i förfrågningsunderlag och således före det att anbudet skall ges in. [...] Urvalet av de leverantörer som skall ges möjlighet att lämna anbud är en del i upphandlingsförfarandet som är lika viktig för att tillgodose en fungerande konkurrens som kvalificeringen av leverantörer och utvärderingen av deras anbud. Det krav på öppenhet och förutsägbarhet som gäller för kvalificeringskraven och utvärderingskriterierna bör därför gälla även för kriterierna för urvalet av leverantörer som skall ges möjlighet att lämna anbud. De urvalskriterier som den upphandlande enheten avser att tillämpa måste således anges innan leverantörerna skall ge in anbudshandlingarna”.¹⁶

Inte heller vid urvalsupphandling kan det således anses tillåtet att välja ut anbudssökande på godtyckliga eller icke i förväg redovisade grunder.

Ett praktiskt problem som kan uppkomma är hur den upphandlande enheten skall genomföra urvalet av anbudsgivare, om det visar sig att ett större antal anbudssökande uppfyller uppställda urvalskrav än det maximala antal som enheten har angivit att den skall bjuda in. Hur urvalet i sådant fall skall gå till framgår varken av lagen om offentlig upphandling eller de bakomliggande direktiven. Av generalklausulen om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU och den gemenskapsrättsliga principen om icke-diskriminering följer emellertid att anbudssökande skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Urvalet måste därför göras på objektiv grund.¹⁷

¹⁵ Se EG-domstolens dom den 12 december 2002 i målet *Universale Bau* (C-470/99).

¹⁶ Kammarrätten i Göteborg, dom den 21 juni 2006 i mål 1793-06.

¹⁷ Se Hentze och Sylvén, lagbokskommentaren, Norstedts, upplaga 1:2, sid. 96 f.

Någon fri prövningsrätt får inte förekomma vid offentlig upphandling (se NJA 1978 s. 873).¹⁸ Den urvalsmetod som den upphandlande enheten avser att begagna sig av måste således styras av objektiva och affärsmässiga grunder och får inte kringgå de förutsättningar som har angivits i ansökningsinbjudan eller annonsen om upphandlingen. Som framgår av EG-domstolens ovan refererade dom i *Universale Bau* (C-470/99) fordras vidare att anbudssökande väljs ut i enlighet med kvalitativa kriterier.

Enligt Europeiska kommissionens guider för varor, byggentreprenader och tjänster skall ”de bästa” anbudssökandena väljas ut för anbudsgivning. Detta förutsätter i så fall att den upphandlande enheten i annonsen har angivit på vilket sätt som urvalet kommer att utföras och vilka kvalificeringskrav som kommer att värderas högst (i angelägenhetsgrad).

Från upphandlingsrättslig doktrin kan nämnas att Arrowsmith¹⁹ anser att den upphandlande enheten skall göra sin bedömning utifrån vilka risker som kan tänkas föreligga för att leverantörerna inte kommer att leverera på ett fullgott sätt. Detta synsätt kritiseras emellertid av bl.a. Hentze och Sylvén,²⁰ eftersom det är den upphandlande enheten som fastställer vilka kvalifikationskrav som bör ställas i den enskilda upphandlingen och att dessa krav rimligen måste ställas så att samtliga kvalificerade leverantörer kan förväntas fullgöra leveransen på ett avtalsenligt sätt.

Hentze och Sylvén anser i en kommentar från 1998, således från tiden före EG-domstolens avgörande i *Universale Bau* (C-470/99), och med utgångspunkt i äldre svenska föreskrifter²¹ och ett danskt avgörande från 1996²² att den upphandlande enheten borde kunna använda en urvalsmetod som varierar anbudsgivarkretsen; blanda stora och små företag, välja också utländska anbudssökande. Detta synsätt synes emellertid strida mot Europeiska kommissionens rekommendationer och EG-domstolens ovan redovisade konstaterande att anbudssökande skall väljas ut i enlighet med offentliggjorda kvalitativa kriterier. Något avgörande i svensk vägledande praxis som stöder den av Hentze och Sylvén förordade metoden finns inte.

I en upphandling som genomfördes under 2006 – tidigare bedömd av Konkurrenskommissionen (KKO 06-008) – hade Fastighetsverket inbjudit till anbudsansökning i en (f.ö. även felaktigt utlyst) urvalsupphandling avseende fastighetsunderhåll och motsvarande arbeten/tjänster. Några kriterier för urvalet mellan sinsemellan kvalificerade anbudssökande hade inte angivits i annonsen eller ansökningsinbjudan. Fastighetsverket hade – på samma sätt som i nu aktuellt fall – i efterhand uppgivit att det enligt LOU räckte med att göra *ett urval så att man fick en lämplig mix och konkurrenssituation*.²³ Länsrätten i Stockholms län, vars avgörande har vunnit laga kraft, fann emellertid att ett sådant förfarande stred mot LOU samt förordnade att upphandlingen skulle göras om. Länsrätten angav till stöd för sitt avgörande bl.a. följande domskäl.

¹⁸ Se NJA 1998 s 873, Högsta domstolens dom den 23 december 1998 i mål T 1441-97 (*Sala-målet*). Där domstolen bl.a. uttalade att ”Kommunens underlag för den aktuella anbudsgivningen innehöll den uppenbart lagstridiga uppgiften att kommunen förbehöll sig fri prövningsrätt”.

¹⁹ Se Arrowsmith, *The APEC Document on Principles of Transparency in Government Procurement*, *Public Procurement Law Review*, 1997/7.

²⁰ Se Hentze och Sylvén, lagbokskommentaren, Norstedts, upplaga 1:2, sid. 96 f.

²¹ I anvisningarna till det numera obsoleta normalreglementet för kommunal upphandling (UR) angavs (9 §) att ”*Vid infordrande av anbud på annat sätt än genom annonsering bör särskilt beaktas att anbudsgivarkretsens sammansättning i lämplig utsträckning varierar från fall till fall, så att en så omfattande kännedom som möjligt erhålls om förekommande leverantörers förutsättningar att fullgöra uppdrag. Man bör sålunda inte slentrianmässigt alltid vända sig till samma krets av anbudsgivare.*”

²² Enligt ett beslut från det danska Klagenævnet for Udbud av den 9 oktober 1996 (enligt *Procurement Information News*) är det inte nödvändigtvis att det är de bästa anbudssökandena som väljs ut, utan att konkurrensen kan optimeras genom val av företag av olika storleksordning. – se Hentze och Sylvén sid 97. Denna bedömning stöds emellertid inte av Europeiska kommissionens uttalanden, eller av gemenskapsrättslig praxis, och har för svenskt vidkommande inte heller funnit gillande i nationell domstolspraxis.

²³ Fastighetsverket uppgav i ett e-postmeddelade bl.a. följande ”*Då antalet kvalificerade anbudssökande är större än det antal som ska inbjudas till anbudsräkning, så föreskriver Lagen om offentlig upphandling LOU att man ska göra ett urval så att man får en lämplig mix och konkurrenssituation. Urvalet görs inte utifrån några speciella kriterier, som vid anbudsutvärdering. Att man inte kommit i fråga för anbudsräkning behöver inte betyda att man inte skulle kunna vara kvalificerad, utan helt enkelt att det finns för många som vill vara med och lämna anbud. Ni är välkomna att delta i våra kommande upphandlingar.*”

”Det förfarande som ligger närmast [den urvalsupphandling] som den upphandlande enheten valt är selektiv upphandling enligt 5 kap. LOU. Dessa regler är dock direktivstyrda och underkastade de gemenskapsrättsliga principer som ligger bakom direktivet, däribland principerna om likabehandling och transparens. I förevarande fall har det inte någonstans i inbjudan eller i övriga handlingar från den upphandlande enheten framgått vilka kriterier man skulle bedöma intresserade leverantörer utifrån eller vilket antal leverantörer som skulle bjudas in till anbuds-givning. Det har inte gått att för en utomstående på objektiva grunder se hur urvalet har skett. Detta måste anses strida mot principen om affärsmässighet och transparens, varför Statens Fastighetsverk har brutit mot LOU”.²⁴

I några fall har lottdragning används vid urvalsmetod mellan sinsemellan kvalificerade anbudssökande. Någon entydig rättspraxis som godkänner ett sådant förfarande finns emellertid inte utan metoden har av domstolarna både förkastats²⁵ och, under vissa förutsättningar, godkänts²⁶. I det senare fallet framgick emellertid redan av anbudsinbjudan att lottdragning skulle komma att ske. Därmed kunde förfarandet i vart fall inte anses strida mot transparensprincipen.

Enligt redovisad gemenskapsrättslig praxis skall anbudssökande väljas ut i enlighet med ”kvalitativa” kriterier. För att uppfylla kravet på likabehandling, förutsebarhet och icke-diskriminering torde därför krävas att den upphandlande enheten, på sätt som EG-kommissionen rekommenderar, kvantifierar urvalskriterierna i en angelägenhetsgrad så att det framgår vilka anbudssökande, även bland dem som uppfyller samtliga ställda krav, som skall komma att bjudas in i första hand.

Har några kriterier för urvalet av anbudssökande däremot inte angivits, varken i ansökningsinbjudan eller annonsen om upphandlingen, kan någon uteslutning av anbudsgivare inte ske, eftersom saklig grund för urvalet saknas. Den upphandlande enheten är under sådant förhållande hänvisad till att bjuda in samtliga anbudssökande som uppfyller för anbudsgivning uppställda krav.

Yttrande

Fastighetsverket har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört att vid genomgång av dokumenten i upphandlingen kan konstateras att ett misstag har begåtts. Verket här därför kommit fram till att Anbudssökande E (som först klagade i länsrätten) är kvalificerad att lämna anbud och skall erbjudas att inkomma med anbud i upphandlingen. Anbudsförfrågan har också skickats till företaget.

Bedömning

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

Den aktuella upphandlingen av tjänster för löpande fastighetsförvaltning m.m. har utlysts som en *selektiv upphandling* enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU.

Av underlaget framgår att lägst fem och högst åtta leverantörer skall bjudas in för anbudsgivning. Några kriterier för hur själva urvalet mellan sinsemellan kvalificerade anbudssökande skall gå till lämnas emellertid inte, varken i annonsen eller i ansökningsinbjudan.

Fastighetsverket har för anbudsgivning ursprungligen bjudit in fyra leverantörer, trots att det har funnits fler anbudssökande som har kvalificerat sig. Efter det att förfarandet har gjort till föremål för överprövning enligt LOU har verket vidtagit viss rättelse genom att bjuda in även den anbudssökande som har klagat i domstol (Anbudssökande E). Någon motsvarande omprövning eller rättelse med avseende på kvarvarande Anbudssökande F har emellertid aldrig skett.

Fastighetsverkets förfarande strider inte bara mot lagens och direktivets grundläggande principer om likabehandling och ickediskriminering utan även mot lagens ordalydelse, enligt vilken förekommande begränsningar alltid skall omfatta minst fem (och högst tjugo) kvalificerade

²⁴ Länsrätten i Stockholms län, dom den 31 maj 2006 i mål 9315-06.

²⁵ Länsrätten i Skåne län, dom i mål 1373-98.

²⁶ Länsrätten i Stockholms län, dom i mål 23378-02.

leverantörer. Även enligt Fastighetsverkets egen annons om upphandlingen skulle minst fem (och högst åtta) leverantörer bjudas in för anbudsgivning. Redan i detta avseende innebär verkets handläggning och ursprungliga beslut om kvalifikation till anbudsgivning en överträdelse av gällande rätt och verkets egna redovisade förutsättningar för upphandlingen.

Fastighetsverket har vidare till grund för att utesluta leverantörer från deltagande i anbudsgivningen åberopat en urvalsprocess genom vilken ”...*några större, några mindre, några beprövade, några nya företag som bedöms ha god möjlighet att lämna bra anbud i en konkurrenssituation*” har valts ut. Även i detta avseende strider förfarandet mot de grundläggande principer om likabehandling, icke-diskriminering och insyn (transparens) som ytterst följer av EG-fördraget och som bär upp den centrala upphandlingsrätten. Enligt såväl svensk nationell som gemenskapsrättslig praxis skall anbudssökande leverantörer väljas ut i enlighet med i förväg offentliggjorda kvalitativa kriterier. Att såsom Fastighetsverket genomföra urvalet på icke offentliggjorda och till synes godtyckliga grunder strider således mot LOU och de bakomliggande upphandlingsdirektiven samt mot EG-fördragets principer. Konkurrensen har därmed kommit att snedvridas.

Det beskrivna förfarandet framstår som särskilt anmärkningsvärt mot bakgrund av att Fastighetsverket genom lagkraftvunnet avgörande i domstol redan för över ett år sedan har uppmärksammat på att dylika tillvägagångssätt inte får komma ifråga. På det aktuella området förefaller verket följa gällande bestämmelser först inför hot om ingripande av domstol. Det framstår fördenskull som önskvärt att Fastighetsverkets ledning vidtar åtgärder för att vidareutbilda sin personal inom området för offentlig upphandling, så att rättelse av verkets upphandlingar inte behöver ske genom löpande överprövning i domstol.