

PM 2 2008-04-23 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom överträdelse av gällande bestämmelser för offentlig upphandling (bristande likabehandling och transparens).

Statens Fastighetsverk har vid urvalsupphandling av byggtreprenadarbeten m.m. begränsat antalet leverantörer som skall bjudas in till anbudsgivning till högst fem. (I) Dock framgår inte av annonsen om upphandling några kvalifikationskrav för anbudsgivning eller på vilka grunder urvalet mellan sinsemellan kvalificerade leverantörer skall gå till. (II) Verket har vidare blandat samman kvalifikationskriterier med värderingskriterier i grunderna för prövning av anbud.

Staten genom Statens Fastighetsverk (nedan Fastighetsverket eller SFV) inhämtade genom annons i nationell databas, www.allego.se, den 13 februari 2008 skriftliga anbudsansökningar avseende bygg- och anläggningsarbeten, innefattande ”Murverksreparationer bastioner mm Borgholms slott” (referensnummer 233-1989/06).

Av punkten II.1.4.1 i meddelandet om upphandling framgår att förfarandet avser arbeten i slott (CPV 45212353) innefattande betongarbeten (CPV 45262300), putsning och avjämning (CPV 45262320) jämte betongreparationer (CPV 45262330) samt cementarbeten (CPV 45262360). Vidare redovisas i meddelandet (punkterna II.1.2 samt II.2.1) följande beskrivning: ”Murverksreparationer bestående av bortfogning av cementfog, utkratsning av fogar, uppsäkning av stenar, omfogning med kalkbruk m.m.”. För mer detaljerad beskrivning med angivande av total kvantitet jämte omfattningen av aktuella arbeten hänvisar meddelandet om upphandling till förfrågningsunderlaget, vilket vid den aktuella tidpunkten ännu inte var upprättat eller offentliggjort.

Av meddelandet om upphandling framgår även (punkten IV.1) att förfarandet handläggs som en s.k. *urvalsupphandling*, d.v.s. en upphandlingsform där alla kan ansöka om att delta men enbart leverantörer som kvalificerar sig bjuds in till att lämna anbud. Inga andra än sådana som har bjudits får lämna anbud. Antalet företag som skall komma att bjudas in till anbudsgivning anges enligt punkten IV.1.2. i meddelandet till minimum tre och maximum fem.

Några kriterier för kvalifikation av anbudssökande eller för urval mellan sinsemellan kvalificerade leverantörer framgår inte av meddelandet om upphandling.

Förfrågningsunderlaget för den aktuella upphandlingen upprättades den 15 februari 2008 och utgavs den 28 februari 2008. Av detta underlag (punkten AFB.52, ”Värderingsgrunder vid prövning av anbud”) framgår att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall komma att antas med beaktande av följande sinsemellan rangordnade¹ kriterier:

- ”Pris” (60 % viktning) innefattande ”Av SFV bedömd totalkostnad med hänsyn till angivna timpriser och antal etapper. Ej prissatta reservationer kommer att vägas in genom prissättning av SFV”,
- ”Kompetens” (35 % viktning) innefattande ”Styrkt yrkeskunighet med speciella fackkunskaper för arbetsledare, egen personal och anlitate [underentreprenörer] avseende arbete med murverksreparationer med kalkbruk och kalksten. Referensprojekt med hänsyn till arbete (av ovan nämnda art) med stor varsamhet i statliga byggnadsminnen eller andra kulturbyggnader”, samt
- ”Kvalitet och miljö” (5 % viktning) innefattande bedömning av ”presenterat Kvalitets och miljösystem”.

Anbudstiden i den aktuella upphandlingen löpte ut den 26 mars 2008. Beslut om tilldelning har såvitt känt ännu inte fattats. Det s.k. upphandlingsvärdet av förekommande bygg- och anläggningsarbeten kan enligt Fastighetsverkets egen bedömning² uppskattas till c:a 4 miljoner kronor.

¹ Av den aktuella punkten AFB.52 i underlaget framgår vidare att ”Viktning för vart och ett av utvärderingskriterierna anger förhållande i procent mot övriga kriterier. Entreprenören kommer att bedömas enligt följande gradering: 1=mycket god, 2=god, 3=acceptabel, 4=ej acceptabel”.

² Enligt uppgift vid telefonsamtal med upphandlingsansvarig tjänsteman vid Fastighetsverket, per den 2 april 2008, har aktuella arbeten ”Murverksreparationer bastioner mm Borgholms slott” av verket budgeterats till c:a 4 miljoner kronor.

Gällande rätt

Offentlig upphandling som påbörjats efter den 31 december 2007³ regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Bestämmelserna innefattar bl.a. en implementering av Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (klassiska upphandlingsdirektivet), vilket i sina obligatoriska delar trädde ikraft med för Sverige bindande s.k. direkt effekt per den 1 februari 2006.

I 15 kap. LOU finns bestämmelser för upphandling utanför den direktivstyrda sektorn. Dessa bestämmelser har i lagen överförts i allt väsentligt ograverade från 6 kap. i den tidigare gällande lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – G-LOU. I nu aktuellt avseende innebär den nya lagen således ingen ändring jämfört med äldre rätt. De nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LOU (tidigare 6 kap. G-LOU) är i allt väsentligt utformade i överensstämmelse med vad som annars gäller enligt lagens direktivstyrda regelverk och tolkas som regel konformt med dessa.⁴

Lagens bestämmelser är, såvitt något undantag inte anger motsatsen, tillämplig på samtliga ”kontrakt med ekonomiska villkor” som avser byggtreprenader, varor eller tjänster och som ingås mellan s.k. *upphandlande myndigheter* och från dessa fristående fysiska eller juridiska personer⁵. Av bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet framgår att Fastighetsverket är en sådan central statlig myndighet som skall anses som upphandlande myndighet i lagens avseende. Fastighetsverket skall således följa lagens och direktivets bestämmelser.

Tillsynsmyndighet för offentlig upphandling var tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Numera utövas tillsynen av Konkurrensverket.⁶

Upphandling av bygg- och anläggningsarbeten till ett sammanlagt upphandlingsvärde understigande 5,15 miljoner euro eller 47.778.869 kronor⁷ skall handläggas enligt de nationella bestämmelser för byggtreprenadupphandling som föreskrivs enligt 15 kap. LOU, normalt genom *förenklad upphandling* eller *urvalsupphandling*.⁸

Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller som huvudregel att all upphandling skall genomföras på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt med iakttagande av principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Upphandling skall således ske genom ett effektivt konkurrensutnyttjande varvid tänkbara leverantörer skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Därtill hör att anskaffning skall ske under öppna, dokumenterade och förutsebara former som medför lika behandling.

Urvalsupphandling enligt 15 kap. 3 och 6 §§ samt 2 kap. 25 § LOU innefattar ett tvåstegsförfarande, med en inledande kvalifikationsfas där leverantörer får ansöka om att delta med anbud och den upphandlande enheten skall pröva om anbudssökandena besitter tillräcklig finansiell och ekonomisk styrka samt teknisk förmåga och kapacitet för att delta med anbud. Enligt 15 kap. 6 §

³ Se övergångsbestämmelserna i lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

⁴ Ang. utformning och tolkning en av nationella bestämmelser, se bl.a. prop. 1993/94 :78 s. 15 ff. Vidare förespråkar EG-domstolen gemenskapskonform tolkning i de fall som den nationella lagstiftaren, även i rent interna situationer, har valt att anpassa den nationella lagstiftningen till gemenskapsrätten. Också sådana bestämmelser i nuvarande 15 kap. LOU (tidigare 6 kap. G-LOU) som är uppbyggda efter mönster av en regel över tröskelvärdena skall normalt tolkas i enlighet med vad som gäller för denna regel. Reglerna om urvalsupphandling och definitionen av urvalsupphandling enligt 15 kap. 3 och 6 §§ samt 2 kap. 25 § LOU tillkom ursprungligen genom en lagändring i dåvarande 6 kap. (och 1 kap. 5 §) G-LOU som trädde i kraft den 1 januari 2001 (SFS 2000:877), se prop. 1999/2000:128. Förfarandet urvalsupphandling har utformats enligt mönster för selektiv upphandling enligt 4 kap. 1 § och 11 kap. 3 § samt 2 kap. 16 § LOU jämte art. 1.11 b i det klassiska upphandlingsdirektivet. Förutsättningarna för urvalsupphandling har i enlighet med detta även kommit att tolkas konformt med vad som annars gäller för selektiv upphandling (jfr bl.a. Kammarrättens i Göteborg nedan i not 12 angivna avgörande).

⁵ Se 2 kap. 19 § (och 2 kap. 12 §) LOU.

⁶ Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret över den offentliga upphandlingen till Konkurrensverket.

⁷ Gällande tröskelvärdena från den 1 januari 2008, se Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärdena vid offentlig upphandling.

⁸ Se 15 kap 3 § första stycket LOU.

LOU skall det av meddelandet om upphandling framgå hur anbudsansökan får lämnas samt vilken dag som anbudsansökan senast skall ha kommit in. Vidare måste med beaktande av bl.a. kravet på öppenhet (transparens) framgå vilka kvalifikationskrav som gäller för att komma i fråga för anbudsgivning.⁹ Den upphandlande myndigheten får därefter bjuda in enbart sådana anbudssökande som uppfyller ställda kvalifikationskrav. Har myndigheten inte begränsat anbudsgivningen till ett i förväg angivet antal måste emellertid samtliga anbudssökande som uppfyller ställda kvalifikationskrav bjudas in.

Den upphandlande myndigheten kan dock skydda sig mot ett för stort antal anbudsgivare genom att begränsa anbudsgivningen till ett i förväg bestämt antal kvalificerade leverantörer. I sådant fall måste detta anges i meddelandet om upphandling, samt vilket maximalt antal anbudssökande som skall bjudas in till anbudsgivning.¹⁰ Dessutom måste det framgå på vilket sätt som urvalet mellan sinsemellan kvalificerade leverantörer ska gå till. Kvalifikationsprövningen kompliceras i detta senare fall således av att inte avse enbart bedömningen av ett antal krav eller kriterier som kan vara rent binära till sin karaktär (antingen uppfyller leverantörerna kraven eller så gör de det inte), utan även en jämförande *värdering* av hur väl anbudssökandena uppfyller ställda krav.

Urvalsupphandlingen andra och avslutande fas består av att anbud infordras genom ett skriftligt förfrågningsunderlag, nollställs och värderas varefter tilldelning beslutas. Vid anbudsvärderingen får enbart beaktas anbud från leverantörer som har kvalificerat sig och inbjudits till anbudsgivning. Någon ytterligare kvalifikationsprövning behöver således inte genomföras, eftersom inbjudna leverantörer redan har kvalificerat sig. Av detta skäl får anbudsvärderingen, enligt vad som framgår av bl.a. nedan redovisad rättspraxis, inte innefatta krav eller kriterier som rätteligen hör hemma i kvalifikationsfasen. Kriterier som hänför sig till anbudsgivarnas tekniska förmåga och kapacitet att utföra det aktuella uppdraget kan således inte värderas eller vägas mot exempelvis anbudens pris.

(I) Kvalifikationsfasen

Fråga om skyldighet för upphandlande myndigheter att i förväg offentliggöra grunderna för hur urvalet av anbudssökande skall gå till har bedömts av EG-domstolen i målet C-470/99, *Universale Bau*. Domstolen fastslog bl.a. att om kontrakt skall tilldelas vid offentlig upphandling, måste principen om likabehandling av möjliga anbudsgivare och principen om insyn iaktas i alla stadier av upphandlingen - även då anbudssökande väljs ut inför anbudsgivning - så att alla ges samma möjligheter när de utformar sina ansökningar om deltagande eller sina anbud.¹¹ Det

⁹ Se EG-domstolens dom av den 12 december 2002 i mål C-470/99, *Universale Bau*. REG 2002, s. I-11617. Se även Kammarrätten i Göteborg dom av den 21 juni 2006 i mål 1793-06 samt Kammarrätten i Stockholm, dom av den 29 november 2007 i mål 7019-07.

¹⁰ Antalet kan i här aktuellt avseende även anges i ett intervall med högsta och lägsta antal anbudssökande som kan komma ifråga för anbudsgivning.

¹¹ Se EG-domstolens dom den 12 december 2002 i målet *Universale Bau* (C-470/99). Domstolen hade 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 (annonser) 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 några 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). 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).

är vid exempelvis urvalsupphandling således inte möjligt att på godtyckliga eller icke i förväg redovisade grunder välja ut vilka leverantörer som skall bjudas in att lämna anbud. Svensk nationell rättspraxis ansluter till EG-domstolens bedömning genom bl.a. ett avgörande från Kammarrätten i Göteborg som avsåg urvalsupphandling enligt dåvarande 6 kap. G-LOU, numera 15 kap. LOU. Kammarrätten yttrande bl.a. följande.

”Huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § [G-LOU] får [...] ses som ett utflöde av de inom EG-rätten gällande principerna om bl.a. öppenhet och förutsägbarhet. Eftersom bestämmelsen återfinns i [lagens] allmänna del är den tillämplig på all upphandling, alltså även upphandling under tröskelvärdena enligt 6 kap. [G-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 anbuderna 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”.¹²

Ett praktiskt problem som kan uppkomma i samband med urvalsupphandling och andra liknande tvåstegsförfaranden i LOU (selektiv upphandling samt förhandlad upphandling) är hur den upphandlande myndigheten skall genomföra urvalet av anbudsgivare om det visar sig att ett större antal anbudssökande uppfyller uppställda kvalifikationskrav än det maximala antal som myndigheten har angivit att den skall bjuda in. Hur urvalet i sådant fall skall gå till framgår varken av lagen eller de bakomliggande direktiven. Av de gemenskapsrättsliga principer om bl.a. likabehandling och icke-diskriminering som numera finns införda i 1 kap. 9 § LOU följer emellertid att anbudssökande skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Urvalet måste därför genomföras på objektiva grunder.¹³

Fri prövningsrätt får exempelvis inte komma i fråga vid offentlig upphandling (se NJA 1978 s. 873).¹⁴ Den urvalsmetod som den upphandlande myndigheten avser att begagna sig av måste således överensstämja med de förutsättningar som har angivits i annonsen om upphandling. Som framgår av EG-domstolens i not 11 refererade dom i *Universale Bau (C-470/99)* fordras vidare att anbudssökande väljs ut i enlighet med i förväg redovisade kvalitativa kriterier.

I en urvalsupphandling¹⁵ som genomfördes 2006 – tidigare bedömd av Konkurrenskommissionen i ärende KKO 06-008 – hade Fastighetsverket i meddelandet om upphandling inte angivit några kriterier för urvalet mellan sinsemellan kvalificerade anbudssökande. Verket uppgav att det enligt gällande bestämmelser räckte med att göra ett urval så att man fick en lämplig mix och konkurrenssituation.¹⁶ Länsrätten i Stockholms län, vars avgörande har vunnit laga kraft, fann

¹² Kammarrätten i Göteborg, dom den 21 juni 2006 i mål 1793-06.

¹³ Se Hentze och Sylvén, lagbokscommentaren, Norstedts, upplaga 1:2, sid. 96 f.

¹⁴ 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”.

¹⁵ Den aktuella upphandlingen hade utlysts som en urvalsupphandling. Detta fastslog länsrätten emellertid var ett felaktigt förfarande. Upphandlingen skulle istället, enligt länsrättens mening, rätteligen ha utlysts enligt de direktivstyrda bestämmelserna i LOU. Upphandlingen kom därför att bedömas enligt bestämmelserna för selektiv upphandling. Vad avser kravet på information avseende hur kvalificering av anbudsgivare skall gå till följer detta av de grundläggande principerna om likabehandling och icke-diskriminering samt öppenhet (transparens). Dessa principer som numera finns inskrivna i 1 kap. 9 § LOU gäller för samtliga upphandlingar. Således även för urvalsupphandling enligt 15 kap. LOU (jfr även Kammarrättens i Göteborg ovan i not 12 angivna avgörande).

¹⁶ 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 [G-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

emellertid att detta förfarande stred mot LOU samt förordnade att upphandlingen skulle göras om. Länsrätten angav till stöd för sitt avgörande bl.a. följande domskäl.

”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 anbudsgivning. 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 [lagen]”.¹⁷

I en senare selektiv upphandling som genomfördes 2007 – tidigare bedömd av Konkurrenskommissionen i ärende KKO 07-017 – upprepade verket i princip samma tillvägagångssätt som 2006. Även i denna gång underkändes den aktuella handläggningen genom lagakraftvunnet avgörande i domstol. Kammarrätten i Stockholm angav därvid bl.a. följande domskäl:

”... i meddelandet om upphandling har inte fastställts några regler för den inbördes betydelsen av uppfyllda kriterier i valet av anbudssökande, oavsett antalet anbudssansökningar [...] Då det inte har kunnat förutses efter vilka inbördes grunder urvalet skulle göras strider upphandlingen mot LOU:s krav på transparens”.

Av ovan redovisad praxis framgår att upphandlande myndigheter således inte får genomföra urvalsupphandling eller något annat liknande förfarande utan att i förväg ange enligt vilka krav eller kriterier anbudssökande leverantörer skall komma att väljas ut för anbudsgivning. Har en myndighet i meddelandet om upphandling begränsat antalet leverantörer som skall bjudas in för anbudsgivning måste myndigheten även klarlägga hur urvalet mellan sinsemellan kvalificerade leverantörer skall gå till.¹⁸

(II) Värderingsfasen

Värderingen av inkomna anbud, vilken i samband med urvalsupphandling sker i upphandlingens andra fas, skall genomföras antingen med utgångspunkt i lägsta pris eller utifrån vilket anbud som framstår som det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till ett antal i förväg angivna ”*kriterier för tilldelningen*”. Dessa kriterier måste framgå av förfrågningsunderlaget eller av meddelandet om upphandling och skall i förekommande fall anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först (12 kap. 1 § och 15 kap. 16 § LOU). Som exempel på kriterier för tilldelning anger lagen ”*pris, leverans- eller genomförandetid, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd*”. Uppräkningen är emellertid inte uttömmande varför även andra kriterier för tilldelning kan komma ifråga.

Anbudsvärderingen får dock inte inbegripa kriterier som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga. Sådana kriterier kan följaktligen inte anses innefatta ”*kriterier för tilldelning*” utan utgör istället ”*kriterier för kvalitativt urval*”, vilka rätteligen får beaktas enbart i samband med den kvalifikationsvärdering som vid förhandlad upphandling skall föregå själva anbudsgivningen.¹⁹

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”.

¹⁷ Länsrätten i Stockholms län, dom den 31 maj 2006 i mål 9315-06.

¹⁸ 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 förkastats (se Länsrätten i Skåne län, dom i mål 1373-98) och, under vissa förutsättningar, godkänts (se Länsrätten i Stockholms län, dom i mål 23378-02). I det senare fallet framgick det emellertid av anbudsinvjudan att lottdragning skulle komma att ske. Därmed kunde förfarandet i vart fall inte anses strida mot kravet på öppenhet (transparens).

¹⁹ Även vid annat förfarande än förhandlad upphandling skall kvalifikationsvärdering och anbudsvärdering genomföras som två skilda förfaranden. Vid exempelvis öppen upphandling kan dessa båda förfaranden visserligen genomföras vid en och samma tidpunkt, men måste genomföras i den ordning som lagen föreskriver, med kvalifikationsvärderingen först och därefter anbudsvärderingen (se 1 kap 18 § LOU).

Frågan om sammanblandning av kvalifikations- och värderingskriterier har nyligen varit föremål för särskild bedömning av EG-domstolen, i målet *Lianakis m.fl.* (C-532/06). Domstolen anförde bl.a. följande:

”Den upphandlande myndigheten skall vid kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet nämligen utgå från kriterierna avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet (kallade ”kriterier för kvalitativt urval”) som avses i [motsvarigheten till 1 kap. 18 § LOU]. Tilldelningen av kontraktet däremot genomförs mot bakgrund av de kriterier som anges i [motsvarigheten till 1 kap. 22 § LOU], nämligen lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. [...] Vad gäller sistnämnda fall är det visserligen riktigt att det i [motsvarigheten till 1 kap. 22 § LOU] inte ges någon uttömmande uppräknning av de kriterier som den upphandlande myndigheten får välja mellan och att denna myndighet enligt denna bestämmelse således ges möjlighet att välja de kriterier som den avser att tillämpa vid tilldelningen av kontraktet. Inte desto mindre är det emellertid så att detta val endast kan avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. [...] De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga kan följaktligen inte anses utgöra ”kriterier för tilldelning”. [...] Domstolen konstaterar följaktligen att [gällande upphandlingsdirektiv] utgör hinder för att den upphandlande myndigheten under ett anbudsförfarande beaktar anbudsgivarnas erfarenhet, personalstyrka och utrustning samt förmåga att utföra projektet inom den fastställda tidsfristen inte med hänvisning till att dessa faktorer utgör ”kriterier för kvalitativt urval”, utan i stället till att de utgör ”kriterier för tilldelning”.²⁰

Sammanblandning av kvalifikationskriterier med värderingskriterier kan således inte komma ifråga och vid den avslutande anbudsvärderingen får anbudens pris jämföras enbart med sådana värderingskriterier som inte utgör kvalifikationskriterier. Förhållanden som hänför sig till anbudsgivarnas erfarenhet, personalstyrka och utrustning samt förmåga att utföra projektet inom den fastställda tidsfristen får exempelvis inte beaktas i samband med anbudsvärdering och tilldelning.

Yttrande

Fastighetsverket har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet hänvisat till att myndigheten i en skrivelse till Konkurrensverket den 20 februari 2008 har uppgett att Fastighetsverket ”*arbetar... aktivt med att implementera upphandlingsrutiner m m för att LOU skall följas och de grundläggande EG-rättsliga principerna som LOU vilar på inte skall trädas för när*”. Avseende den nu aktuella upphandlingen har verket vidare anfört att antalet anbudssökande var så få att samtliga sökande tillställts förfrågan. Någon snedvridning av konkurrensen har således inte skett.

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.

Fastighetsverket är en central statlig civil myndighet som skall iaktta bestämmelserna i LOU jämte de grundläggande principer som ytterst följer av EG-föredraget. Verkets aktuella upphandling avseende bygg- och anläggningsarbeten, innefattande murverksreparationer bastioner m.m. vid Borgholms slott har utlysts som en urvalsupphandling enligt de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LOU. Uppdragets s.k. upphandlingsvärde samt arten av de arbeten som skall utföras motiverar även att dessa bestämmelser skall tillämpas. Verkets handläggning av upphandlingen föranleder dock följande kritiska synpunkter.

(I) I meddelandet om upphandling har antalet leverantörer som skall bjudas in för anbudsgivning begränsats till lägst tre och högst fem. Några kriterier för kvalificering av anbudsgivare redovisas emellertid inte. Det framgår heller inte hur urvalet mellan sinsemellan kvalificerade

²⁰ Se EG-domstolens dom den 24 januari 2008 i mål C-532/06, *Lianakis, m.fl.*, REG 2008, s. I-0000, pp. 27-30 och 32.

anbudssökande skall gå till. Detta strider i belysning av gemenskapsrättslig och nationell rättspraxis mot det grundläggande krav på likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet (transparens) som följer av 1 kap. 9 § LOU. Den aktuella upphandlingen har redan av detta skäl handlagts på ett felaktigt sätt varvid LOU jämte EG-fördraget grundläggande principer har kommit att överträdas. Det beskrivna förfarandet framstår som synnerligen anmärkningsvärt mot bakgrund av att Fastighetsverket tidigare genom lagakraftvunna domstolsavgöranden i två fall har uppmärksamats på att dylika tillvägagångssätt inte får komma ifråga.

(II) I samband med ett tvåstegförfarande, som urvalsupphandling, skall kvalifikationsprövningen slutföras innan anbud begärs in. Kvalifikationsprövning och anbudsvärdering skall således genomföras vid tidsmässigt skilda faser av upphandlingen, med kvalifikationsprövning först. Enligt vad som framgår av bl.a. EG-domstolens dom i målet Lianakis m.fl. (C-532/06) får kvalifikationskriterier inte blandas samman med värderingskriterier. Detta synsätt får med hänvisning till upphandlingslagens direktivkonforma utformning anses gälla även för upphandlingar enligt 15 kap. LOU. Sådana omständigheter som rätteligen skall hänföras till den inledande kvalifikationsfasen får således inte beaktas vid den avslutande anbudsvärdering och exempelvis jämföras med anbudens pris.

Av det nu aktuella upphandlingsunderlaget framgår ett antal punktvist redovisade omständigheter angivna som "[v]ärderingsgrunder vid prövning av anbud" som Fastighetsverket skall beakta vid den avslutande värderingen av inkomna anbud, bland annat "Kompetens" med 35 procents viktning och "Kvalitet och miljö" med 5 procents viktning. Angivna omständigheter, förutom "Pris", hänför sig emellertid till förhållanden som i allt väsentligt berör anbudsgivarnas erfarenhet, personalstyrka och utrustning samt förmåga att utföra projektet. De utgör således kvalifikationskriterier (eller "kriterier för kvalitativt urval"), vilka rätteligen skulle ha prövats redan i kvalifikationsfasen. Någon laglig möjlighet att istället beakta dessa i samband med anbudsvärderingen föreligger däremot inte. Eftersom felaktigt uppställda värderingsgrunder har en icke oväsentlig betydelse (tillsammans 40 procents viktning) för det beslut om tilldelning som Fastighetsverket skall fatta strider upphandlingsunderlaget utformningen även i denna del på ett avgörande sätt mot LOU och bakomliggande EG-rättsliga principer.

På det aktuella området för urvalsupphandling (och selektiv upphandling) har Fastighetsverket gång på gång satt åt sidan grundläggande principer för offentlig upphandling. Konkurrenskommissionen har på grund härav anmält myndigheten till Konkurrensverket för prövning av åtgärd enligt lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling. Det yttrande till Konkurrensverket från februari 2008, som Fastighetsverket hänvisar till, med påstående att myndigheten numera arbetar aktivt med att implementera upphandlingsrutiner m.m. för att LOU skall följas, framstår som mindre trovärdigt mot bakgrund av att myndigheten samtidigt i nu aktuella upphandling fortsätter att bryta mot gällande bestämmelser. På sätt som Konkurrenskommissionen påpekat tidigare framstår det därför som angeläget att Fastighetsverkets ledning tar till sig av den kritik som framförs och omgående ser till att vidta effektiva åtgärder för att förhindra fortsatta överträdelser av gällande upphandlingsrätt.