

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO

02-068

PM 2 2003-02-18 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om hemlighållande av grunder för tilldelningsbeslut vid offentlig upphandling m.m.

Försvarets Materielverk har bland annat efter tilldelningsbeslut i en upphandling av ett passersystem vägrat att till förlorande anbudsgivare närmare redovisa på vilka grunder tilldelning skett. Uppgift skulle lämnas först sedan kontrakt tecknats i upphandlingen och möjlighet till överprövning i domstol därmed kan ha upphört.

Försvarets materielverk (FMV) har efter skriftlig anbudsfordran den 16 oktober 2002 genomfört en upphandling av uppgradering av elektroniskt passersystem för huvudsaklig användning inom kvarteret Tre vapen, Banérgatan 62 i Stockholm. I upphandlingen ingår även option för verkets övriga anläggningar i Linköping, Karlsborg och Vidsel.(Dnr. 254380). Anbudsinfordran har inte annonserats på annat sätt än genom ett meddelande på FMVs hemsida på internet (www.fmv.se).

Av punkten 7.1 i förfrågningsunderlaget framgår att det anbud som i enlighet med villkoren enligt förfrågningsunderlaget är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till följande omständigheter ”*Prestanda på systemet*”, ”*Tidsplan*” samt ”*Pris*”, skall komma att antas. Vidare framgår att de angivna kriterierna ”... kommer att bedömas [...] enligt bedömningsskala 0–10”.

Vidare framgår enligt punkten 9.1.1. i underlaget att ”*Vid eventuell beställning kommer anbudsgivaren inte att arbeta med försvarssekretessbelagda uppgifter*”.

Beslut om tilldelning i upphandlingen fattades den 5 december 2002. Vid anbudstidens utgång den 13 november 2002 hade det inkommit minst två anbud vilka av FMV bedömts uppfylla samtliga för upphandlingen ställda krav (här angivna som anbud A och B). Av dessa anbud har anbud A antagits såsom det ekonomiskt mest fördelaktiga alternativet. Enligt uppgift skall det även ha inkommit ytterligare anbud som upptagits till slutlig bedömning.

Av en skrivelse från Försvarets materielverk till Anbudsgivare B, daterad den 5 december 2002 framgår att tilldelning i upphandlingen har skett efter en poängbedömning där Anbudsgivare B ”har placerats som nummer 2 bland de prövade anbuden”.

Till stöd för beslutet om antagande av anbud anförs en poängvärdering, där Försvarets materielverk åsatt Bolagets anbud ett visst antal poäng, vilka jämförts med vinnande anbud.

Materielverket anger därvid att "[Anbudsgivare A] har per utvärderingskriterium (börkrav) och totalt sammanvägt för samtliga kriterier i enlighet med fastställd viktning erhållit [nedan tabellvis redovisade] relativa resultat jämfört med [Anbudsgivare B]" - nytt stycke - "Styrkebedömningens poängsättning har skett i relation till i förfrågningsunderlaget angivna högsta och lägsta tillåtna värden för respektive kriterium för de i prövningen deltagande anbud som uppfyller samtliga skall-krav".

Därjämte framgår följande tabell med uppgiven jämförande poängsättning av anbuderna A och B:

Utvärderingskriterium	Relativ vikt (%):	Anbud A (poäng):	Anbud B (poäng):
Prestanda	40	-0,366	-1,341
Tidsplan	30	3,952	-4,401
Pris	30	7,572	-6,348
Totalt sammanvägt	100	11,158	3,289

Enligt vilka grunder poängvärderingen har skett redovisades emellertid inte. Någon uppgift om övriga anbudsgivare eller hur dessa värderats lämnades heller inte i tilldelningsinformationen. Det är på grundval av Försvarets materielverks redovisning således inte möjligt för den förlorande Anbudsgivare B att självständigt bilda sig någon uppfattning på vilket sätt jämförelse mellan anbuderna har skett.

Av dessa skäl hemställde Anbudsgivare B hos Försvarets materielverk den 10 december 2002 om upplysning avseende skälen för verkets beslut om tilldelning i upphandlingen. I ett elektroniskt meddelande (e-mail) har verket den 11 december 2002 besvarat anbudsgivarens framställan med att "FMV kommer [...] ej göra utskick av upphandlingsprotokoll eller andra handlingar förrän upphandlingen är helt avslutad". Som grund för vägran att efterkomma den aktuella begäran har verket åberopat 6 kap. 2 § sekretesslagen (1980:100).

Försvarets materielverk har senare, under hand medgivit att lämnad information är missvisande så tillvida att Anbudsgivare B till följd av skrivfel i poängsättnings Tabellen felaktigt åsatts minustecken framför poängsummorna för "Prestanda" och "Pris". Verket har vidare uppgivit att anbuderna har kommit att värderas enligt "mervärdesmodellen" vilken till skillnad från den i underlaget för upphandlingen angivna "förfrågningsunderlagsmodellen" kan ge poängsummer med negativa tal. Oaktat vilken av de angivna utvärderingsmodellerna som valts skall enligt Försvarets materielverk slutresultatet av anbudsvärderingen bli detsamma¹[1].

Upphandlingens värde kan uppskattas till i vart fall 2.750.000 kronor, vilket enligt uppgift skall utgöra värdet på det kontrakt Försvarets materielverk tecknat med vinnande anbudsgivare A. Därtill skall läggas värdet av de i upphandlingsunderlaget intagna optionerna.

1[1]

Försvarets materielverk, yttrande den 7 februari 2003 till Länsrätten i Stockholms län i mål nr. 22833-02E, aktbilaga 20.

Gällande rätt

All offentlig upphandling regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.

Med upphandling avses enligt 1 kap. 2 § samt 5 § andra stycket LOU samtliga köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggentreprenader eller tjänster som görs av statliga och kommunala myndigheter.

Upphandling av varor skall om det samlade kontraktsvärdet av upphandlingen överstiger tröskelvärdet \geq 200.000 eller 1,741 miljoner kronor^{2[2]} handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap., 2 kap. samt 7 kap. LOU.

Undantagsvis gäller enligt 1 kap. 3 § andra stycket samt 6 kap. 17 § LOU att upphandling som (1) omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet^{3[3]} eller (2) avser försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 296 (tidigare art. 223) i Romfördraget, att upphandlingslagens 6 kap. skall tillämpas eller att lagen under vissa förhållanden över huvud taget inte skall äga tillämpning^{4[4]}. (Tekniska passersystem omfattas emellertid inte av den aktuella begränsningen enligt Romfördraget^{5[5]}.) och något regeringsbeslut eller motsvarande beslut av behörig myndighet att

^{2[2]} Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från den 1 januari 2002, vid upphandlingar av varor och tjänster.

^{3[3]} Dessa upphandlingar är sådana som undantas enligt Romfördraget art. 36. För att undantas förutsätts en restriktiv tolkning som görs i enlighet med de undantagskriterier som gäller för art. 36. I Sverige gäller kriterierna enligt sekretesslagen (1980:100) eller annan lag eller upphandling vars utförande måste följa särskilda säkerhetsmått i enlighet med lag eller annan författning eller avser leveranser som rör rikets säkerhet (where the protection of the basic interests of that State's security so requires) – Försvarssekretess behandlas bl.a. i 2 kap. 2 § sekretesslagen.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har behandlat ett ärende avseende upphandling av lokalvårdstjänster i myndigheter med vissa inslag av sekretessbelagd verksamhet. NOU ansåg att det av LOU och uttalanden i förarbetena tydligt framgick att "det är den upphandlade tjänsten som skall vara sekretessbelagd och inte den upphandlande enhetens verksamhet" (se NOU-info mars 1997). Uppenbarligen ansåg NOU att det inte fanns någon lag eller författning som föreskrev iakttagande av vissa säkerhetsmått för utförande av den aktuella tjänsten.

^{4[4]} Om skäl till undantag enligt 1 kap. 3 § LOU föreligger får regeringen med stöd av 6 kap. 17 § LOU förordna att lagen över huvud taget inte skall äga tillämpning, om det är nödvändigt med hänsyn till försvars- och säkerhetspolitiska intressen. Regeringen får även i föreskrifter eller i enskilda fall överlåta till en upphandlande enhet att själv besluta om sådana undantag. Såvitt utredningen visat föreligger det emellertid inte något av regeringen eller med stöd av regeringens bemyndigande beslutat undantag med avseende för den nu aktuella upphandlingen av passersystem.

^{5[5]} Detta gäller varor eller tjänster avseende vapen, ammunition och annan krigsmateriel enligt en lista som beslutades av Rådet den 15 april 1958 (listan har emellertid aldrig publicerats).

lagen om offentlig upphandling över huvud taget inte skall tillämpas på den nu aktuella upphandlingen, föreligger såvitt känt inte heller).

Som huvudregel^{6[6]} skall anbud vid offentlig upphandling inhämtas genom annons. Om de för upphandling aktuella varornas (eller tjänsternas) värde överstiger i lagen angivet tröskelvärde skall upphandlingen, vid s.k. *öppet, selektivt* eller *förhandlat* upphandlingsförfarande enligt 2 eller 5 kap. LOU, annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT)^{7[7]}. I annat fall, vid *förenklat upphandlingsförfarande* eller vid s.k. urvalsupphandling enligt 6 kap. LOU, skall upphandlingen som huvudregel kungöras genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller genom annons i annan form som leder till effektiv konkurrens. Enligt förarbetena till den aktuella bestämmelsen i 6 kap. 2 § LOU är det dock inte tillräckligt att den upphandlande enheten annonserar på sin egen hemsida^{8[8]}.

När beslut om leverantör och anbud (tilldelningsbeslut) har fattats skall enligt 1 kap. 27 och 28 §§ LOU den upphandlande enheten, genast eller så snart det är möjligt, dels (1) på eget initiativ lämna upplysningar till varje anbudssökande eller anbudsgivare om tilldelningsbeslutet samt skälen för det, dels (2) till den anbudssökande eller anbudsgivare som begär det lämna upplysningar om varför hans ansökan eller anbud förkastats.^{9[9]}

Angivna bestämmelser – som bygger på EG/ministerrådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid upphandling av varor (det s.k.

6[6] Annonseringskravet får frångås enbart vid *förhandlad upphandling utan föregående annonsering* (enligt 1 kap. 17 § LOU) eller vid *förenklad upphandling utan föregående annonsering* (enligt 6 kap. 2b § LOU), under följande förutsättningar: (1.) det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud, under förutsättning att de i förfrågningsunderlaget ursprungligen angivna kontraktsvillkoren inte väsentligt ändrats, (2.) varorna framställs enbart för forskning, utveckling, experiment eller studier, under förutsättning att framställningen inte sker i vinstsyfte eller för att täcka forsknings- och utvecklingskostnader, (3.) det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör, eller (4.) det gäller ytterligare leveranser från den ursprungliga leverantören, avsedda antingen som delersättning för eller tillägg till tidigare leveranser och ett byte av leverantör skulle medföra oskäliga tekniska eller ekonomiska olägenheter. Annonsering behöver inte heller förekomma vid s.k. *direktupphandling* (enligt 6 kap. 2 § LOU) om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl.

7[7] Se 1 kap. 7 – 11 § LOU.

8[8] Se prop. 1999/2000:128, sid.26 ”I LOU föreslås därför inte någon annan reglering än att databasen skall vara allmänt tillgänglig. Med detta menas att annonseringssättet och databasen skall vara så kända att en upphandlande enhet genom att annonsera uppnår effektiv konkurrens. Att en enhet annonserar på sin egen hemsida bör i allmänhet inte anses vara tillräckligt, och inte heller att en kommun annonserar i en lokal tidning eller på kommunens anslagstavla”.

9[9] Se lagen (2002:594) om ändring i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, i kraft sedan den 1 juli 2002. Ändringen avser enligt övergångsbestämmelserna upphandlingar som påbörjats efter lagens ikraftträdandedatum.

varuupphandlingsdirektivet) samt direktivet 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (det sk. första rättsmedelsdirektivet) – har sedan den första juli 2002 införts i lagen om offentlig upphandling till följd av EG-domstolens förordnanden i det nedan refererade s.k. Alcatel-målet (EG-domstolens dom den 28 oktober 1999 i mål nr. C-81/98 (Alcatel Austria ./ . Republikan Österreich)).

Av art. 1 i första rättsmedelsdirektivet framgår bl.a. att medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att garantera, att en upphandlande myndighets beslut *prövas effektivt* samt förhindra diskriminering mellan företag, vilka vid upphandling gör gällande skada till följd av den åtskillnad som görs mellan nationella bestämmelser om införande av gemenskapsrätten och andra nationella bestämmelser. Medlemsstaterna skall vidare se till att ett prövningsförfarande med detaljerade regler enligt medlemsstaternas bestämmande införs och att det kan återopas av var och en, som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling av varor eller bygg- och anläggningsarbeten, och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse. Enligt ingressen till bland annat första rättsmedelsdirektivet skall tillfredsställande rättsmedel stå leverantörer till buds i händelse av såväl överträdelse av gemenskapsrättens regler för offentlig upphandling som av nationell lagstiftning om genomförandet av sådana regler. Förekommande rättsmedel skall erbjuda en effektiv prövning av påstådda överträdelser.

C 81/98 - Alcatel-domen¹⁰[10]. EG-domstolen tolkade föreskrifterna i nämnda direktiv så att förekommande anbudsgivare innan en offentlig upphandling avslutas genom kontrakts tecknande har rätt att erhålla tillräckliga upplysningar för att säkerställa en *effektiv* prövning av beslut om tilldelning i upphandlingen. Domstolen konstaterar inledningsvis att syftet med det första rättsmedelsdirektivet är att såväl på det nationella planet som på gemenskapsplanet förstärka redan förekommande medel för att säkerställa att gemenskapens direktiv i ämnet offentlig upphandling verkligen tillämpas, särskilt på ett stadium där överträdelserna ännu kan rättas till, samt hänvisar till att det i direktiv föreskrivs att medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att en upphandlande myndighets beslut skall kunna prövas effektivt och så skyndsamt som möjligt för att säkerställa att gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling iakttas. Vid sin genomgång av målet fann domstolen att relevanta stadganden i det första rättsmedelsdirektivet skulle tolkas så att medlemsstaterna är skyldiga att vad gäller den upphandlande enhetens beslut innan kontraktet ingås – i vilken den upphandlande myndigheten beslutar med vilken av de anbudsgivare som deltagit i anbuds-förfarandet den skall ingå kontrakt – i samtliga fall tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka undanröjande av tilldelningsbeslutet, om förutsättningarna för detta är uppfyllda. Detta gäller enligt domstolen oberoende av möjligheten att erhålla skadestånd när kontraktet har ingåtts¹¹[11].

Enligt art. 189 i EG/Romfördraget är gemenskapsrättsliga direktiv (om därmed följande EG-rättslig praxis) bindande för varje medlemsstat till vilken det är riktat i vad avser de resultat

10[10] EG-domstolens dom den 28 oktober 1999 i mål nr. C-81/98 (Alcatel Austria ./ . Republikan Österreich)

11[11] Se även SOU 2001:31 sid. 278 samt prop. 2001/20:142 sid. 25-30.

som skall uppnås genom direktivet. Det lämnas däremot till de nationella myndigheterna att välja form och sätt för genomförandet. EG/Romfördraget är införlivat med svensk rätt genom 4 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen. Enligt EG-domstolens praxis skall bestämmelser enligt förekommande direktiv ges företräde framför däremot stridande nationella regler i det fall en avvikelse innebär att en direktivbestämmelse ger en enskild en rättighet och denna rättighet beskärs genom en nationell lagstiftning¹²[12].

Av lagförarbeten till de svenska bestämmelserna i 1 kap. 27 och 28 §§ LOU framgår att syftet med dessa är att i enlighet med Alcatel- domen tillförsäkra leverantörer en effektiv prövning i domstol av förutsättningarna för tilldelningsbeslut. Föredragande departementschefen anför bland annat att ”*Det är viktigt att upphandlande enheter utformar informationen om tilldelningsbeslutet på ett sådant sätt att det framgår vilka omständigheter som legat till grund för enhetens beslut att anta ett visst anbud*”¹³[13] samt att ”*En förutsättning för att en anbudssökande eller anbudsgivare skall kunna göra en bedömning av möjligheterna att få omprövat upphandlingen, och således att kunna ta tillvara den rätt till överprövning av tilldelningsbeslut som finns enligt EG-domstolens dom i Alcatel-målet [...] är att denne får kännedom inte endast om skälen för att en viss leverantör tilldelats upphandlingskontraktet utan även om skälen för att den anbudssökandes eller anbudsgivarens egen ansökan respektive anbud förkastats. Skälen för varför en viss leverantör tilldelats upphandlingskontraktet redovisas i upplysningarna om tilldelningsbeslutet. På begäran av en leverantör skall sådana upplysningar lämnas genast eller så snart det kan ske. När ett tilldelningsbeslut fattats bör en upphandlande enhet följaktligen vara skyldig att genast eller så snart det är möjligt efter det att en begäran kommit in även lämna upplysningar om varför en ansökan eller ett anbud förkastats*”¹⁴[14].

I sammanhanget kan uppmärksammas att Försvarets materielverk i ett remissyttrande till regeringen framhållit vikten av att det i lagtexten särskilt regleras vilka uppgifter som en upphandlande enhet är skyldig att lämna ut, eftersom ”*det kan uppkomma en situation då en leverantör anser att enheten lämnat ut för mycket alternativt för lite information om tilldelningsbeslutet*”¹⁵[15]. Regeringen, som inte delade verkets uppfattning, ansåg det emellertid tillräckligt att den principiella målsättningen för informationsplikten uttrycks i

¹²[12] Se rättsfallen van Gend en Loos mål 26/62 [1963] ECR 1 och Simmenthal, mål 106/77 [1978] ECR 625 – se även RÅ 1996 ref. 50).

¹³[13] Prop. 2001/02:142 sid. 61, andra stycket.

¹⁴[14] Prop. 2001/02:142 sid. 68, sjätte stycket.

¹⁵[15] Prop. 2001/02:142 sid. 63, femte stycket.

lagtexten, och att det därefter får ankomma på de upphandlande enheterna och rättspraxis att närmare definiera formerna.

Av specialmotiveringen till 1 kap. 28 § LOU framgår följande minimikrav avseende informationspliktens omfattning: *”Alltför intetsägande uppgifter om varför en viss eller vissa leverantörer tilldelats upphandlingskontraktet kan innebära att enheten inte kan anses ha lämnat upplysningar om skälen för beslutet. Det är således inte tillräckligt att enheten i upplysningarna som skäl anger att den vinnande leverantörens anbud var det ekonomiskt mest fördelaktiga [...]. Om anbudet antagits på den grunden bör i upplysningarna även redovisas vilka omständigheter som enheten tagit hänsyn till för att enheten skall anses ha lämnat skäl för tilldelningsbeslutet...”*16[16].

I rättspraxis har frågan om en upphandlande enhets vägran att närmare redovisa på vilka grunder tilldelning skett prövats genom följande avgörande:

Kammarrätten i Stockholm hade i mål nummer 4133-220217[17] att överpröva en vägran av Renhållningsnämnden i Stockholms stad, att i en upphandling avseende renhållningstjänster ange skälen för sitt tilldelningsbeslut. Omedelbart efter det att beslut om tilldelning hade fattats av Renhållningsnämnden hade förvaltningsdirektören ringt runt bland anbudsgivarna och informerat om utgången av upphandlingen. Någon upplysning om vilka anbudsgivare som tilldelats kontrakt i upphandlingen eller om skälen till varför förekommande anbud antagits respektive förkastats lämnades emellertid inte. Efter formell framställan om sådan information från en anbudsgivare vars anbud hade förkastats i upphandlingen angav staden att begärda upplysningar skulle lämnas först efter att kontrakt i upphandlingen tecknats med vinnande anbudsgivare. Till stöd för sin vägran att lämna aktuella upplysningar åberopade staden sekretess enligt 6 kap. 2 § sekretesslagen. Kammarrätten konstaterade att det under angivna förhållanden *”...inte varit möjligt för [överprövningssökanden] att begära en effektiv överprövning av tilldelningsbeslutet emedan [överprövnings-sökanden] inte kunnat argumentera i frågan om lägsta bud verkligen antagits eller om det i övrigt förelåg någon omständighet som [...] utgjorde skäl för överprövning”*. Domstolen fastställde att svensk lag skall tolkas på sätt som är förenligt med det första rättsmedelsdirektivet (89/556/EEG) samt förordnade att upphandlingen därför inte fick avslutas genom tecknande av kontrakt innan samtliga deltagande anbudsgivare lämnats information om förekommande tilldelningsbeslut jämte skälen för detta. Någon risk för att det allmänna skulle lida skada om uppgifterna röjdes förelåg inte enligt rättens mening. Kammarrättens avgörande har numera vunnit laga kraft.

Fråga om sekretess vid offentlig upphandling regleras bl.a. genom 6 kap. 2 § sekretesslagen (1980:100). För upphandlingar som påbörjats efter den 1 juli 2002 gäller s.k. absolut sekretess fram till dess att alla anbud eller erbjudanden i en upphandling offentliggjorts eller beslut om

16[16]

Prop. 2001/02:142 specialmotiveringen till 1 kap. 28 § LOU, sid. 97, tredje stycket.

17[17]

Stockholms stad.

Se Kammarrätten i Stockholm, dom meddelad den 4 september 2002 i mål nr. 4133-2002, Liselotte Löf AB ./.

leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts. Därefter gäller s.k. rakt skaderekvisit, d.v.s. presumtion för handlingsoffentlighet om inte annat visats.^{18[18]}

Av lagförarbetena till 6 kap. 2 § sekretesslagen, i dess nuvarande lydelse, framgår att uppgifter om vilka omständigheter som legat till grund för tilldelningsbeslutet i regel torde kunna lämnas ut utan att varken det allmänna eller någon enskild skall lida någon skada. Närmare uppgifter om det anbud som enheten beslutat anta bör dock kunna lämnas ut först sedan en skadebedömning^{19[19]} genomförts^{20[20]}.

Yttrande

Försvarets materielverk har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, men meddelat att verket, med hänvisning till att ärendet ännu inte är rättsligt avgjort, beslutat att avstå från att avge yttrande i ärendet.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en privat 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 ett tekniskt passersystem har av Försvarets materielverk utlysts genom ett meddelande på den egna hemsidan på internet samt handlagts som en förenklad upphandling enligt 6 kap. LOU. Efter det att beslut om tilldelning i upphandlingen fattats har verket vägrat att lämna sådan information om tilldelningsbeslutet som fordras för att förlorande anbudsgivare skall kunna klaga mot beslutet i domstol. Begärd information skall enligt vad verket har meddelat innehållas fram till dess att kontrakt tecknats i upphandlingen, och möjligheten till överprövning i domstol därmed upphört. Det angivna förfarandet föranleder följande kritiska påpekanden:

^{18[18]} Se lag (2002:593) om ändring i sekretesslagen (1980:100).

^{19[19]} Ett meddelande om en avslutad upphandling får emellertid inte innehålla uppgifter vars publicering skulle strida mot något allmänt intresse och motverka befogade affärs- eller konkurrensintressen

^{20[20]} Prop. 2001/02:142 sid. 64, första stycket.

I) Såvitt framkommit uppgår den aktuella upphandlingens värde till i vart fall 2.7 miljoner kronor. Eftersom anskaffningen i allt väsentligt avser leverans av en vara (ett passersystem) skulle upphandlingen enligt huvudregeln ha handlagts enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. och 2 kap. LOU. Av upphandlingsunderlaget framgår att föremålet för upphandlingen inte innefattar någon befattning med försvarssekretessbelagda uppgifter. Undantag enligt sekretesslagen med hänsyn till rikets säkerhet föreligger således inte. Den omständighet att Försvarets materielverk i övrigt bedriver av skyddsklassad verksamhet föranleder med hänvisning till vad Nämnden för offentlig upphandling har angivit för liknande situationer inte någon annan bedömning. Något undantag för försvarsmateriel kan heller knappast föreligga eftersom tekniska passersystem även kan ha civil användning. Övervägande skäl talar således för att handläggningen som en förenklad upphandling enligt 6 kap. LOU är felaktig.

II) Även om skäl för att tillämpa förenklad upphandling skulle föreligga har upphandlingen inte utlysts i behörig ordning. Enligt huvudregeln i 6 kap. LOU skall kungörelse vid förenklat upphandlingsförfarande alltid ske genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller genom annons i annan form som leder till effektiv konkurrens. Enligt tillämpliga lagförarbeten är det normalt inte tillräckligt att kungöra upphandlingar enbart på den egna hemsidan. När det gäller rent försvarsmateriel, som inte har någon civil användning, kan ett meddelande på Försvarets materielverk egna hemsida möjligen anses uppfylla lagens krav på effektiv konkurrens eftersom verket torde vara dominerande upphandlare i Sverige av sådana produkter. I fråga om produkter som – liksom tekniska passersystem – även har en civil användning finns det ett stort antal andra tänkbara köpare utöver materielverket. Annonsering enbart på den egna hemsidan kan i sådana fall knappast anses uppfylla lagens krav på allmän tillgänglighet. Förhållandet att den aktuella upphandlingen utlysts genom annons enbart på Försvarets materielverks hemsida strider således mot gällande rätt.

III) I lagen om offentlig upphandling finns intaget bestämmelser som garanterar anbudsgivare rätt att få upplysning om vilken tilldelning som skett i en upphandling samt om skälen till varför hans ansökan eller anbud förkastats. Bestämmelserna, som följer av gällande gemenskapsrätt, skall enligt EG-domstolen tolkas så att anbudsgivarna skall medges tillräcklig information om ett tilldelningsbeslut för att säkerställa en *effektiv* prövning av beslutet i domstol. Det är enligt praxis således inte möjligt att hemlighålla ett tilldelningsbeslut i avvaktan på att slutligt kontrakt tecknas. Någon obligatorisk bestämmelse i sekretesslagen som tvingar Försvarets materielverk att hemlighålla aktuell information föreligger inte. Någon fara i sekretesshänseende med att lämna ut de aktuella grunderna för tilldelningsbeslutet torde heller knappast föreligga. Beslut om tilldelning i upphandlingen har redan fattats, så den enda möjligheten för en leverantör att materiellt påverka utfallet av upphandlingen är därefter att föra talan om överprövning i domstol.

Mot denna bakgrund försvårar Försvarets materielverks vägran att lämna de begärda uppgifterna om skälen för sitt tilldelningsbeslut för den förlorande anbudsgivare B att tillvarata sin rätt till materiell överprövning av upphandlingen. Det påtalade förfarandet strider därmed mot lagen om offentlig upphandling jämte EG-direktiv samt riskerar att snedvrider konkurrensen.

IV) Enligt förfrågningsunderlaget för upphandlingen skall inkomna anbud *bedömas utifrån omständigheterna prestanda, tidsplan samt pris enligt en bedömningskala 0–10*, således enligt en skala bestående av enbart positiva tal. I den poängsättningstabell som redovisats till stöd för tilldelningsbeslutet förekommer att anbud har åsatts negativa poängvärden enligt den s.k. *mervärdesmodellen*. Anbudsvärderingen har i detta avseende inte genomförts i enlighet med den modell som angivits i förutsättningarna för upphandlingen (*förfrågningsunderlagsmodellen*), vilket strider mot transparensprincipen. Även den poängsammanräkning som uppges i tilldelningsinformationen har visat sig felaktigt redovisad.

Den knapphändiga information som Försvarets materielverk har lämnat om sitt tilldelningsbeslut i den aktuella upphandlingen visar således att anbudsvärderingen varken har utförts i enlighet med anbudsförutsättningarna eller har redovisats på ett riktigt sätt.

Sammantaget strider Försvarets materielverks handläggning av den aktuella upphandlingen i flera avseenden mot lagen om offentlig upphandling jämte de EG-direktiv och de principer som ligger till grund för lagens bestämmelser. Härigenom riskerar förutsättningarna för konkurrensen på marknaden för passersystem att snedvridas.
