

PM 2 2008-03-07 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Staten har vid urvalsupphandling av design- och reklambyråtjänster på icke i förväg redovisade och till synes godtyckliga grunder genomfört urvalet av vilka leverantörer som skall bjudas in till anbudsgivning.

Staten genom Organisationskommittén för strålsäkerhet¹ (nedan Organisationskommittén) inhämtade genom annons i Allegos nationella databas, www.allego.se, samt genom meddelande på Statens strålskyddsinstitutets hemsida, www.ssi.se, i december 2007 skriftliga anbudsansökningar avseende tjänster för utformning av ”ny visuell identitet”. Upphandlingen har utlysts som en s.k. *urvalsupphandling*, där ett begränsat antal leverantörer får bjudas in att lämna anbud och inga andra än de som bjuds in tillåts delta i upphandlingen (Dnr. 2007:5).

Av annonsen och ansökningsinbjudan framgår att de båda myndigheterna Statens strålskyddsinstitut (SSI) och Statens kärnkraftinspektion (SKI) under 2008 skall läggas samman till en ny gemensam myndighet. Efter sammanslagningen krävs en enhetlig och professionell visuell identitet (grafisk profil och logotyp) som stärker den nya myndighetens varumärke. Organisationskommittén, som utreder den aktuella sammanslagningen, har därför infordrat anbudsansökningar avseende tjänsten att utforma den nya myndighetens nya visuella identitet. Den för upphandling aktuella tjänsten omfattar följande delar:

- A) en visuell identitet för den nya myndigheten,
- B) den visuella identiteten applicerad på ett antal fastställda kontaktytor, samt
- C) en manual som ger vägledning och grafiska riktlinjer.

För att inbjudas att delta med anbud i upphandlingen krävs att anbudssökanden skall vara ”en designbyrå med produktion av visuella identiteter som kärnverksamhet”. Anbudssökanden förutsätts vidare vara fri från hinder enligt 6 kap. 9 § LOU att delta i upphandlingen (se redovisning nedan under gällande rätt) och skall i anbudsansökan redovisa följande uppgifter:

1. Namn, telefonnummer, adress och e-postadress till anbudssökandens kontaktperson.
2. Kopia av registreringsbevis för anbudssökanden.
3. Anbudssökandens årsredovisning för det senaste året.
4. Av skattemyndigheten ifylld blankett RSV 4820 som inte är äldre än tre (3) månader.
5. En kortfattad beskrivning av anbudssökandens tjänsteutbud och organisation samt vilken erfarenhet sökanden har från liknande uppdrag.
6. Uppgift om hur länge anbudssökandens har bedrivit den efterfrågade verksamheten.
7. Kort beskrivning av arbetsmetod samt den organisation som anbudssökanden har till förfogande för uppdraget.

Vidare uppställer annonsen och ansökningsinbjudan krav på att de anbudssökande skall redovisa sin ”Kompetensprofil för de resurser som kan bli aktuella för uppdraget och rutiner för hur motsvarande kvalitet kan upprätthållas, till exempel vid förlust av nyckelkompetens” samt ange ”[T]re (3) referenser med relevans för uppdraget, [med] företagets namn, kontaktperson, telefonnummer samt tidpunkt för referensuppdraget”.

Urvalet mellan sinsemellan kvalificerade anbudssökande skall enligt vad som redovisas i ansökningsinbjudan därefter att komma att genomföras ”genom bedömning av leverantörens ekonomiska ställning, tjänsteutbud, erfarenhet, arbetsmetodik, organisation, kompetens och referenser”, varvid ”högst fem (5) leverantörer [kommer] att få erbjudande att lämna anbud”.

¹ Som upphandlare anges i ansökningsinbjudan Organisationskommittén för strålsäkerhet med adress hos Regeringskansliet, Statens offentliga utredningar. Organisationskommittén är en fristående myndighet (dir. 2007:135) och utgör därmed *upphandlande enhet* i enlighet med vid tidpunkten för upphandlingen (december 2007) gällande terminologi - se 1 kap. 5 § LOU. I annonsförlagan om upphandlingen anges vidare att upphandlingen sker i samverkan med Organisationskommittén för strålsäkerhet, Statens strålskyddsinstitut och Statens kärnkraftinspektion.

Några ytterligare villkor för urvalet framgår inte, förutom vissa administrativa formkrav.² Således framgår det inte av anbudsinvitan eller något annat underlag för upphandlingen på vilket sätt eller utifrån vilka bedömningsgrunder anbudssökandens ekonomiska ställning, tjänsteutbud, erfarenhet, arbetsmetodik, organisation, kompetens och referenser skall komma att jämföras och värderas.

Vid ansökningstidens utgång den 10 januari 2008 hade det enligt uppgift inkommit sammanlagt 13 anbudsansökningar. Genom cirkulärskrivelse den 21 januari 2008 meddelade Organisationskommittén i vart fall en av dessa, här angiven som Anbudssökande F, inte skulle komma ifråga för anbudsräkning. Någon redovisning av grunderna för urvalet framgick inte av cirkulärskrivelsen. På fråga om vilka skäl som legat till grund för beslutet att inte bjuda in Anbudssökande F till anbudsgivning har Organisationskommittén hittills inte lämnat något skriftligt svar. Enligt uppgift har muntligt besked lämnats med innebörden att Organisationskommittén hade tänkt sig referenser från uppdragsgivare med mer än 250 anställda och att det har framkommit att Anbudsgivare F inte har sådana referenser. Företaget kommer därför inte ifråga för anbudsgivning.³

Upphandlingens s.k. *kontraktsvärde* kan med tillämpning av gällande beräkningsbestämmelser⁶ uppskattas till c:a 500.000 kronor.

Gällande rätt

Offentlig upphandling som har påbörjats under perioden den 1 januari 1994 till och med den 31 december 2007,⁴ regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Lagen bygger i första hand på bl.a. Europeiska rådets direktiv (92/50/EG) av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet) jämte ändringsdirektiv. Regelverket skall även tolkas i belysning av de nya direktiv, bland annat 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 (klassiska upphandlingsdirektivet), som i sina obligatoriska delar trädde ikraft med s.k. direkt effekt den 1 februari 2006.

Tjänster för grafisk formgivning (CPV 78225000)⁵ hänför sig till kategorin ”Tjänster avseende annonsering (reklam)” (kategori 13) enligt bilaga A till LOU, vilka om upphandlingen genomförs av en central civil statlig myndighet och det samlade s.k. *kontraktsvärdet*⁶ understiger tröskelvärdet 130.000 särskilda dragningsrätter (sdr) eller 1,253 miljoner kronor,⁷ skall upphandlas enligt det nationellt bestämda regelverket i 6 kap. LOU, exempelvis genom s.k. *urvalsupphandling*. Överstiger kontraktsvärdet angivet tröskelvärdesbelopp skall upphandlingen istället genomföras med iakttagande de på EG-direktiv grundade bestämmelserna för tjänsteupphandling som finns införda i 1 kap. och 5 kap. LOU, som regel genom *öppen upphandling* eller *selektiv upphandling*.

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.

² Exempelvis anges att anbudsansökningar skall vara ingivna senast den 10 januari 2008, kl. 17.00.

³ Uppgift ur e-mail från Anbudssökande F till Konkurrenskommissionen den 1 februari 2008 samt skrift till Organisationskommittén den 31 januari 2008 med begäran om skriftlig förklaring avseende urvalet av anbudsgivare.

⁴ Se övergångsbestämmelserna i lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

⁵ Bilaga A till LOU bygger i allt väsentligt på en klassificering av tjänster som sammanställts genom den av Europeiska rådet och parlamentet antagna s.k. CPV-nomenklaturen (*Common Procurement Vocabulary*) - Se Europaparlamentets och rådets förordning (2002/2195/EG) av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003.

⁶ 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.

⁷ Se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Beloppet 1,253 miljoner kronor utgör gällande tröskelvärdet under perioden den 1 januari 2006 till och med den 31 december 2007 för tjänsteupphandling inom den klassiska sektorn som utförs av civila statliga myndigheter.

Lagen bygger därvid på ett antal i EG-fördraget stadfästa principer som även kommer till uttryck genom EG-direktiven om offentlig upphandling, däribland principerna om öppenhet (transparens)⁸ samt likabehandling (artiklarna 43 och 49 EG).⁹

Syftet med lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande EG-direktiv och fördragsbestämmelser är att säkra att all offentlig upphandling sker genom effektiv konkurrens och att leverantörer och deras ansökningar och anbud behandlas på ett likvärdigt och för anbudsgivare och anbudssökande förutsebart sätt¹⁰. Reglerna är utformade bl.a. i syfte att försvåra möjligheterna att vid offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader samt motverka korruption.

Principerna om öppenhet (transparens) och likabehandling innebära bland annat att samtliga tänkbara leverantörer till den offentliga sektorn skall ha möjlighet att lämna anbud på lika villkor.¹¹ Kravet på öppenhet (transparens) har i EG-domstolens fasta praxis ansetts medföra att tillbörlig offentlighet skall iaktas även i samband med upphandling som inte omfattas av upphandlingsdirektiven bl.a. för att tilldelning av kontrakt skall kunna övervakas.¹²

Vid tillämpning av de nationella bestämmelserna i 6 kap. LOU får upphandling genomföras enligt förfarandet för *urvalsupphandling* enligt 6 kap. 2 c § LOU. Motsvarande förfarande enligt de direktivstyrda bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU är *selektiv upphandling* enligt 5 kap. 14 § och 1 kap. 16 a § LOU. Gemensamt för båda dessa förfaranden gäller 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.

Enligt 6 kap. 2 c § LOU¹³ skall vid urvalsupphandling den upphandlande enheten publicera en ansökningsinbjudan genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Enligt förarbetena är det normalt inte tillräckligt att den upphandlande enheten annonserar på sin egen hemsida.¹⁴

Av inbjudan skall det framgå (1) hur en ansökan om att få lämna anbud får lämnas, och (2) den dag¹⁵ då ansökan senast skall ha kommit in. Enheten får i sin inbjudan ange det antal leverantörer

⁸ ”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, lagbokskommentaren, Norstedts, upplaga 1:2, sid. 15 f).

⁹ För närvarande regleras den offentliga upphandlingen av bl.a. tjänster genom Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet) vilket sedan 1 januari 2008 har implementerats genom införandet av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Det bakomliggande klassiska upphandlingsdirektivet trädde den 1 februari 2006 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 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet).

¹⁰ Enligt EG-fördraget 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 jordbrukspolitikerna 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.

¹¹ Se prop. 1992/93:88, sid. 59-60. Avseende affärsmässighetsrekvisitetets innebörd, se även de senare utredningsbetänkandena ”Mera värde för pengarna” (SOU2001:31) s. 69-89 samt ”Nya upphandlingsregler” (SOU 2005:22) s. 216 ff.

¹² Se EG-domstolens dom den 7 december 2000 i mål C-324/98, *Telaustria et Telefonadress*, REG 2000 s. I-10745, samt den 25 april 1996 i mål C-87/94, *Bus Wallon*, REG 1996, s. I-2043.

¹³ Föreskrifterna i 1 kap. 2 c § LOU motsvarar vad som föreskrivs enligt 1 kap. 16 a § LOU avseende selektiv upphandling över tröskelvärdet.

¹⁴ Se prop. 1999/2000:128, s.26 ”ILOU 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”.

¹⁵ För upphandlande enheter som också är myndigheter, och därmed har att iaktta förvaltningslagens (1986:223) reglering, skall tidpunkten för när (anbud eller) ansökan senast skall ha kommit in anses vara klockan 24.00 den dag som anges i ansökningsinbjudan. Något annat klockslag för

som den avser att bjuda in att lämna anbud. Antalet skall bestämmas med hänsyn till arten av det som skall upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens skall uppnås.

Undantag från annonseringsskyldigheten föreligger vid tjänsteupphandlingar under tröskelvärdet enligt 6 kap. 2 § andra stycket samt 2 b § LOU¹⁶ under följande förutsättningar:

- upphandlingens värde är lågt¹⁷ eller det föreligger synnerliga skäl såsom exempelvis synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör,
- upphandlingen gäller tilläggstjänster, eller
- upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster ingående i ett projekt som högst tre år tidigare varit föremål för upphandling enligt lagen om offentlig upphandling.

En anbudssökande kan enligt 6 kap. 9 § LOU¹⁸ uteslutas från att delta i en sådan upphandling om denne:

- är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare har inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud,
- är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande,
- är dömd för brott avseende yrkesutövningen enligt lagkraftvunnen dom,
- har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande enheten kan visa detta,
- inte har fullgjort sina skyldigheter i form av socialförsäkringsavgifter eller skatter i det egna landet eller i Sverige, eller
- i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av 6 kap. 9 § LOU.

Den upphandlande enheten har rätt att av en leverantör begära upplysningar om förhållanden som avses ovan och skall i förfrågningsunderlaget, annonsen eller skrivelsen med anbudsinvitan ange på vilket sätt leverantören kan lämna upplysningarna. Härutöver får den upphandlande enheten föreskriva krav och värderingskriterier för exempelvis hur urvalet mellan sinsemellan kvalificerade leverantörer skall genomföras. Förekommande urvalskriterier måste emellertid redovisas med beaktande av den ovan beskrivna principen om transparens (öppenhet). Den upphandlande enheten skall emellertid inte begära in uppgifter, handlingar eller andra bevis som saknar koppling till särskilt redovisade krav på leverantörerna, eftersom uppgifter eller bevis av olika slag inte i sig styrker något som kan tillmätas betydelse för utvärderingen av inkomna anbudsansökningar eller anbud.¹⁹

För att förekommande uppgifter och bevis skall kunna utvärderas krävs också att det till dessa kopplas krav på vad som skall styrkas, exempelvis en viss minsta årsomsättning, bestämmelser om antal anställda, krav på redovisad tidigare erfarenhet av liknande uppdrag (leveransattester) eller

(anbudens eller) anbudsansökningarnas ingivande bör under sådant förhållande inte anges. I vart fall kan anbudsansökningar som har kommit in till den upphandlande enheten samma dag, men efter uppgivet klockslag, inte avvisas enbart på den grunden att dessa har inkommit för sent. – se Hentze och Sylvén, Lagbokskommentaren till LOU, Norstedts, andra upplagan, 1998, s. 136.

¹⁶ Föreskrifterna i 6 kap. 2 § andra stycket samt 2 b § LOU motsvarar vad som föreskrivs enligt 5 kap. 16-19 §§ LOU avseende förhandlad upphandling med eller utan annonsering över tröskelvärdet.

¹⁷ Som riktvärde för ett sådant *lågt värde* under vilket ett mer formaliserat upphandlingsförfarande inte behöver genomföras, utan direktupphandling istället kan tillämpas, har Nämnden för offentlig upphandling (NOU) för en normal upphandlande enhets upphandling av varor angivit en generell övre gräns motsvarande ett (1) basbelopp (numera: ”prisbasbelopp”) enligt 1 kap. 6 § lagen (1962:381) om allmän försäkring. Vid tidpunkten för den nu aktuella upphandlingen uppgick gällande prisbasbelopp till c:a 39.300 kronor (Se vidare Nämnden för offentlig upphandling, NOU-info, årsammanställningen för 1993-95, s. 57. Senare har avgivits ett utredningsförslag (SOU 2006:28) om att inskriva *fasta riktvärden för direktupphandling* tio respektive tjugo procent av tröskelvärdet för varor och tjänster (f.n. ger detta riktvärdena 123.390 respektive 246.780 kronor för statliga myndigheter och 191.115 respektive 382.230 kronor för övriga upphandlande myndigheter/enheter inom den klassiska sektorn). Förslaget har ännu inte lett till någon lagstiftning.

¹⁸ Föreskrifterna i 6 kap. 9 § LOU motsvarar vad som föreskrivs enligt 1 kap. 17 § LOU avseende upphandling över tröskelvärdet.

¹⁹ Se dåvarande Nämnden för offentlig upphandling (NOU), ”Upphandling av konsulttjänster enligt 6 kap. LOU, Stockholm 2003, s. 11 f.

något motsvarande. Den upphandlande enheten måste därför i anbudsinvjudan eller i något annat underlag i upphandlingen ange på vilket sätt viktning och betygssättning av de enskilda urvalskriterierna skall komma att genomföras. Har enheten inte angivit några urvalskriterier går anbudet eller anbudsansökningarna heller inte att utvärdera.²⁰

I sammanhanget kan det vara viktigt att poängtera att det, som framgår av bl.a. EG-domstolens nedan redovisade dom i målet *Universale Bau*, (C-470/99) inte får förekomma någon ”fri prövningsrätt”²¹ eller på annat sätt överlämnas till den upphandlande enheten att godtyckligt fastställa vilka anbudssökande som skall bjudas in för anbudsgivning.²²

Fråga om skyldigheten att i förväg offentligt redovisa grunderna för hur urvalet av anbudssökande skall gå till har bedömts av EG-domstolen i bl.a. följande avgörande.

EG-domstolen hade i målet C-470/99, *Universale Bau*, 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 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 iakttas (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 iakttas i alla stadier - och bland annat då anbudssökande väljs ut i ett selektivt förfarande - så att alla ges samma möjligheter när de utformar sina ansökningar 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).²²

Det är således inte, vid i vart fall selektiv upphandling, 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 föreligger ett avgörande av Kammarrätten i Göteborg, vilken i fråga om 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

²⁰ Enheten får i sådant fall nöja sig med att enbart kontrollera om angivna bevis har ingivits. Ansökningar eller anbud som inte innehåller sådana uppgifter eller motsvarande som den upphandlande enheten har krävs skall förkastas i upphandlingen som orena anbud.

²¹ Ang. förbudet mot ”fri prövningsrätt”, 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”. Se även Hentze och Sylvén, Lagbokskommentaren till LOU, Norstedts, andra upplagan, 1998, s. 82 samt 89-90.

²² Se EG-domstolens dom den 12 december 2002 i mål C-470/99, *Universale Bau*. REG 2002, s. I-111617, pp. 87-95.

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 anbud 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”.²³

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

En praktisk fråga 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 bakomliggande direktiv. Av general-klausulen 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.²⁴

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, byggtreprenader 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 Arrowsmith²⁵ 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,²⁶ 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 föreskrifter²⁷ och ett danskt avgörande från 1996²⁸ att den upphandlande enheten borde kunna använda en urvalsmetod

²³ Kammarrätten i Göteborg, dom den 21 juni 2006 i mål 1793-06.

²⁴ Se Hentze och Sylvén, lagbokskommentaren, Norstedts, upplaga 1:2, s. 96 f.

²⁵ Se Arrowsmith, The APEC Document on Principles of Transparency in Government Procurement, Public Procurement Law Review, 1997/7.

²⁶ Se Hentze och Sylvén, lagbokskommentaren, Norstedts, upplaga 1:2, s. 96 f.

²⁷ 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.”

²⁸ 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, lagbokskommentaren, Norstedts, upplaga 1:2, s. 97. Detta synsätt stöds emellertid inte av Europeiska kommissionens uttalanden eller av gemenskapsrättslig praxis, och har för svenskt vidkommande inte etablerats i nationell domstolspraxis.

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 urvalsupphandling som genomfördes 2006 hade Statens Fastighetsverk inbjudit till anbudssökning avseende fastighetsunderhåll och motsvarande arbeten/tjänster.²⁹ Några kriterier för urvalet mellan sinsemellan kvalificerade anbudssökande hade inte angivits i annonsen eller ansökningsinbjudan. Verket återopade att det enligt LOU räckte med att göra *ett urval så att man fick en lämplig mix och konkurrenssituation*.³⁰ Länsrätten i Stockholms län fann i sitt lagakraftvunna avgörande emellertid att ett sådant förfarande stred mot LOU samt förordnade att upphandlingen skulle göras om. Länsrätten angav bl.a. följande domskäl.

”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 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 LOU”.³¹

Avseende en annan upphandling avseende fastighetsförvaltningstjänster³² tillämpade Statens Fastighetsverk ett liknande förfarande. Kammarrätten i Stockholm konstaterade att även detta förfarande stred mot LOU samt förordnade om rättelse. Domstolen angav 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 anbudssökningar [...] Då det inte har kunnat förutses efter vilka inbördes grunder urvalet skulle göras strider upphandlingen mot LOU:s krav på transparens”.³³

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 förkastats³⁴ och, under vissa förutsättningar, godkänts³⁵. 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, anger 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 i ansökningsinbjudan eller i annonsen om upphandling kan någon uteslutning av anbudsgivare inte ske, eftersom saklig grund

²⁹ Avseende denna upphandling, se även Konkurrenskommissionens tidigare utredning KKO 06-008.

³⁰ Fastighetsverket uppgav i ett e-postmeddelande 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 behövs 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”.

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

³² Avseende denna upphandling, se även Konkurrenskommissionens tidigare utredning KKO 07-017.

³³ Kammarrätten i Stockholm, dom den 29 november 2007 i mål 7019-07.

³⁴ Länsrätten i Skåne län, dom i mål 1373-98.

³⁵ Länsrätten i Stockholms län, dom i mål 23378-02.

för urvalet saknas. Den upphandlande enheten är under sådant förhållande hänvisad till att bjuda in samtliga anbudssökande som uppfyller för anbudsgivning uppställda krav.

Yttrande

Organisationskommittén har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som har upprättats i ärendet, men skriftligen meddelat att myndigheten med hänvisning till att upphandlingen är föremål för rättslig process (överprövning enligt LOU) har beslutat att inte yttra sig till Konkurrenskommissionen.

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.

Organisationskommittén är en central civil statlig myndighet med egna kommittédirektiv och utgör därmed en sådan upphandlande enhet som är skyldig att följa vid varje tidpunkt gällande upphandlingsbestämmelser.

Den aktuella upphandlingen av A-tjänster, design- och reklambyråttjänster (CPV 74840000) har påbörjats före den 1 januari 2008 samt utlysts (annonserats) som en urvalsupphandling.

Upphandlingens s.k. kontraktsvärde kan uppskattas till c:a 500.000 kronor. De nationella bestämmelser som finns införda i 6 kap. LOU (1992 års lag) skall därmed tillämpas.

I ansökningsinbjudan uppställs krav på att vissa uppgifter och bevis avseende exempelvis anbudssökandenas tidigare erfarenhet skall framgå av anbudsansökningarna. Vidare framgår att en bedömning av sökandenas ekonomiska ställning, tjänsteutbud, erfarenhet, arbetsmetodik, organisation, kompetens och referenser skall komma att ske samt att högst fem leverantörer skall bjudas in till anbudsgivning. Några till de efterfrågade bevisen kopplade krav eller kriterier för hur själva urvalet mellan sinsemellan kvalificerade anbudssökande skall gå till framgår emellertid inte.

Enligt såväl LOU som svensk nationell och gemenskapsrättslig rättspraxis skall anbudssökande leverantörer väljas ut i enlighet med i förväg offentliggjorda kvalitativa kriterier. Att såsom Organisationskommittén genomföra urvalet på icke offentliggjorda och till synes godtyckliga grunder strider således mot LOU och de bakomliggande upphandlingsdirektiven samt mot EG-fördragets principer. Förfarandet strider i enlighet med vad som tidigare redovisats mot de grundläggande principer om likabehandling, icke-diskriminering och insyn (transparens) som ytterst följer av EG-fördraget och som bär upp den centrala upphandlingsrätten och lagarna om offentlig upphandling. Konkurrensen har därmed kommit att snedvridas.