

PM 2 2008-03-07 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåtna anbudsförutsättningar samt tilldelning i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling.**

*Det kommunala bolaget Sundsvall Arena AB har i samband med en direktivstyrd upphandling av byggtreprenadarbeten (I) utan saklig grund utlyst upphandlingen enligt påskyndat förhandlat förfarande samt (II) sammanblandat kvalifikationskriterier och värderingskriterier. Bolaget har även (III) beslutat att anta ett anbud som inte i alla delar synes ha inkommit inom föreskriven frist.*

Sundsvall Arena AB har genom annons i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) infortrat anbud avseende bygg- och entreprenadarbeten för uppförandet av ett äventyrsbad i Sundsvall. Förfrågningsunderlaget är upprättat den 22 oktober 2007 och anbudstiden gick ut den 26 november 2007, klockan 12.00.<sup>1</sup> Enligt punkten AFB.11 skall upphandlingen genomföras som en påskyndad förhandlad entreprenadupphandling enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 3 kap. LOU (se vidare nedan under gällande rätt). Upphandlingen har uppdelats i följande fem delar, • Husbyggnads- och markarbeten, • Luftbehandlingsarbeten, • Värme-, kyla - och sanitetsarbeten, • Styr- och övervakning, • Elarbeten, samt • Vattenreningsarbeten, och skall utföras som en s.k. delad entreprenad. ("partneringavtal").

Sundsvall Arena AB<sup>2</sup> är ett av Sundsvalls kommun indirekt helägt bolag. I Sundsvall Arena AB:s verksamhet ingår att äga och förvalta aktivitetsanläggningar i Sundsvall.

Upphandlingen handlades som en förhandlad upphandling, vilket innebär att prövningsförfarandet skall genomföras i två steg, med inledande bedömning avseende leverantörernas kvalifikationer varefter den upphandlande enheten kan infortra anbud samt uppta förhandling med de leverantörer som har kvalificerat sig för anbudsgivning.

Enligt punkten AFB.52 skall det för Sundsvall Arena AB ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet komma att väljas med hänsyn tagen till en sammanvägning av ett antal värderingskriterier som framgår av bilaga 1 till underlaget, rubricerad "Värderingsgrunder för anbud".

Enligt punkten AFB.5 skall anbudsprövningen ske i två steg, varav det första steget består av en prövning huruvida anbuderna stämmer överens med upphandlingshandlingarna samt att anbudsgivaren uppfyller för upphandlingen ställda krav.<sup>3</sup> Det andra steget består av en utvärdering av anbud efter kriterier/värderingsgrunder. Vidare anges att anbud skall redovisa samtliga begärda uppgifter för att inte riskera att förkastas samt att det anbud som inte uppfyller skall-kraven i det första steget eventuellt inte kommer att upptas till steg två.

I punkten AFB.51 "Prövning av anbudsgivare" anges punktvis ett antal bevis som anbudsgivarna skall inge till stöd för bedömningen av att de uppfyller ställda krav.<sup>4</sup> Därutöver uppställs på annan

<sup>1</sup> Enligt punkten AFB.32 i upphandlingsunderlaget löpte anbudstiden ursprungligen ut den 19 november 2007, klockan 12.00. Genom kompletterande underlag den 9 november 2007 har anbudstiden därefter förlängts till den 26 november 2007, klockan 12.00.

<sup>2</sup> Sundsvall Arena AB, med registreringsnummer 556039-7316, bildades den 22 oktober 1940 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 29 november 1940. Nuvarande firma registrerades den 7 februari 2006. Tidigare firma har varit Gärdehov Förvaltnings AB samt Aktiebolaget Matfors Omnibussar. Gällande bolagsordning registrerades den 25 januari 2006. Bolaget har enligt gällande bolagsordning till föremål för sin verksamhet att "... förvärva, avyttra, uppföra, äga, förvalta och bedriva verksamhet i evenemangs-, upplevelse-, rekreations-, och idrottsanläggningar i Sundsvall samt att tillhandahålla med verksamheten sammanhängande service till besökarna. Bolaget ska vidare inom ramen för sitt verksamhetsområde delta i markandsföringen av Sundsvalls Kommun och bolagets anläggningar". Bolaget ingår som helägt dotterbolag i en koncern där det kommunala holdingbolaget Stadsbacken AB (556478-6654) utgör moderbolag.

<sup>3</sup> I upphandlingsunderlaget, AFB.5, har det aktuella kravet utformats på följande sätt: "1. Prövning om anbudet stämmer överens med handlingar och att anbudsgivaren uppfyller krav enligt AFB.31 och AFB. 51".

<sup>4</sup> I upphandlingsunderlaget, AFB.51 "Prövning av anbudsgivare", anges följande: "• finansiell och ekonomisk styrka. • organisationsnummer • registreringsbevis för redovisning och betalning av mervärdesskatt. • företags namn och adress • intyg från berörd myndighet i det land där anbudsgivaren är registrerad och som utvisar att han betalt föreskrivna skatter och avgifter samt sociala avgifter • kontaktperson för anbudet / ombud för anbudsgivare • F- skattesedel • miljöpolicy, samt • kvalitetspolicy". Vidare anges i AFB.31 att anbud skall vara skriftligt och författat på svenska. Samtliga handlingar skall vara försedda med anbudsgivarens firmateckning. E-post – eller telefaxanbud accepteras ej. Anbudets form och innehåll

plats i underlaget krav på viss ytterligare dokumentation som skall ingå i anbudet, bland annat (AFB.52) underlag för bedömning av hur anbudet uppfyller kriterierna för värdering av anbud<sup>5</sup> samt (AFC.6) förslag på ekonomistyrningssystem. Några ytterligare kriterier för anbudsprövningens första steg anges inte i underlaget.

För anbudsprövningens andra steg har Sundsvall Arena AB i bilaga 1 till underlaget, rubricerad ”Värderingsgrunder för anbud” redovisat ett antal omständigheter i form av åtta s.k. ”värderingsgrunder” vilka skall beaktas och viktas mot bl.a. anbudets pris. Förutom anbudens skriftliga dokumentation skall enligt AFB.52 muntlig information inhämtas av en utvärderingsgrupp som skall träffa personer i anbudsgivarnas tänkta organisation för att skapa sig en uppfattning om anbudsgivarnas och de berörda personernas förmåga, kunskap och förståelse för projektets utformning.

Enligt bilagan 1 till underlaget (”Sundsvall Arena AB för anbud”) skall för varje värderingsgrund anbudsgivarna åsättas poäng i en skala från 1 till 5, där 5 är bäst. Poängen skall därefter multipliceras med vikten för respektive värderingsgrund enligt följande viktning/rangordning:

Till värderingsgrunderna finns det i bilagan kopplat en redovisning av ”*minimikraven för den skriftliga redovisningen som tillsammans med den muntliga delen i AFB.52 i Administrativa Föreskrifter kan ge 5 poäng för respektive värderingsgrund*”. Där framgår bl.a. följande beskrivning:

#### **Organisation**

Anbudsgivarna skall väl redovisa projektorganisation för projekterings- och utförande skedet. Samt lämna en väl utförd redovisning av personers kvalifikationer (skolutbildning, interna/externa utbildningar t ex klass 1 betong gjutning, tidigare partneringsfarenhet) och att personen i fråga visar att projektets värdegrunder delas på av er bilagd CV. Vidare skall anges en utförd redovisning av referenspersoners (namn och telefonnummer skall redovisas) uttalande om personen ifråga m a p yrkesskicklighet, kreativitet, samarbetsförmåga och tidigare utförda partneringsprojekt. Anbudsgivarna skall också redovisa namngivna personers tillgänglighet för projektet samt väl redovisa resurs/ kapacitet för stödorganisationer m a p planering, ekonomistyrning, inköp, kvalitet/ miljö/ arbetsmiljö, teknisk support och installationssamordning.

#### **Ekonomistyrning/Ekonomi**

Anbudsgivarna skall väl redovisa sina system för ekonomistyrning – och uppföljning med full insyn för parterna och ange väl redovisade upplägg för budget, avstämningar och slutkostnadsprognoser. Anbudsgivarna skall vidare lämna förslag på incitamentslösning samt på betalningsplan, jämte förslag på procentsats vid en eventuell förändring av Fast Arvode enligt AFB.13 i Administrativa Föreskrifter.

#### **Genomförande**

Anbudsgivarna skall väl redovisa en programbeskrivning för projektets genomförande m a p tidplaner, inköp, teknisk/ tids och ekonomisk samordning mellan alla parter, ange förslag på objektsanpassad samordnad tidplan jämte förslag på mötesplan samt redovisa sina inköp – och upphandlingsrutiner för material, hjälpmedel och entreprenader såväl inom och utom landet som lämpar sig för partneringsprojekt och på vilket sätt dessa för projektet är kostnadseffektiva.

---

skall utföras enligt AFB.13, AFB.31, AFB.51, AFB.52.

<sup>5</sup> I upphandlingsunderlaget, AFB.52. har det aktuella kravet har utformats på följande sätt: ”anbudsgivaren skall tydligt och pedagogiskt redovisa underlag för bedömning av de parametrar som anges i bilaga 1 ”Värderingsgrunder för anbud””.

#### **Fast arvode**

Lägst redovisat fast arvode enligt AFB.13 i Administrativa Föreskrifter. Är det fasta arvodet redovisat erhålls minimum ett (1) poäng.

#### **Värderingar**

Anbudsgivarna skall väl redovisa en modell för samverkan enligt partneringprincipen, och beskriva vad de vill uppnå med den samt hur den skall fungera praktiskt och organisatoriskt. Anbudsgivarna skall även väl redovisa hur arbetet skall bedrivas för att få och behålla den öppenhet som krävs i ett partneringprojekt m a p ekonomi, konflikthantering, affäretik, upphandlingar och uppföljningar.

#### **Garanti**

Anbudsgivarna skall beskriva omfattningen av sina garantiåtagande samt väl beskrivna rutiner/verktyg och arbetssätt under garantitiden och lämna förslag på ekonomisk säkerhet under garanti tiden.

#### **Kvalitet, – miljö – och arbetsmiljö**

Anbudsgivarna skall väl redovisa sina kvalitetsledningssystem och miljöledningssystem samt väl redovisa sitt arbetssätt m a p ”systematiskt arbetsmiljöarbete”. Anbudsgivarna skall också redovisa förslag på objektsanpassade kvalitets – och miljöplaner, redovisa förslag på objektsanpassad arbetsmiljöplan och egenkontrollplan, samt väl redovisa vilka verktyg som finns till förfogande för att klara kvalitets, miljö och arbetsmiljöarbetet under projektering och utförande. En redovisning av namn på kvalitets, miljö- och samordningsansvarige för projektet skall anges.

#### **Referensobjekt**

Anbudsgivarna skall väl redovisa tidigare utförda partneringprojekt samt väl redovisa referenskunders(namn och telefonnummer) uttalande om tidigare lika eller likartade projekt m a p samarbetsförmåga, kreativitet, tidhållning, affärsmannaskap och planering. Anbudsgivarna skall även väl redovisa eventuella tidigare genomförda badhusanläggningar.

Den anbudsgivare som enligt anbudsutvärderingen har erhållit högst totalpoäng för värderingsgrunderna kommer enligt vad som anges i bilagan 1 att föreslås för att bli tilldelad kontraktet.

Enligt protokoll från anbudsöppning den 26 november 2007 klockan 13.00 noterades inom entreprenaddelen ”Husbyggnads- och markarbeten” fyra inkomna anbud, bland annat anbuden C och D. En av de inbjudna leverantörerna avböjde deltagande.<sup>6</sup>

Av protokollet från anbudsöppningen framgår inte vilka bilagor m.m. som ingivits tillsammans anbuderna. Vid genomgång av dokumentationen framgår att Anbudsgivare D till sitt anbud bifogat handlingar benämnda Förhandsanmälan, Checklista och Värderingar, vilka är daterade den 27 och 28 november 2007, d.v.s. dagarna efter anbudstidens utgång. Någon begäran om komplettering eller rättelse av anbudet har såvitt framgår av utredningen inte framförts, varken av Anbudsgivare D eller av Sundsvall Arena AB.<sup>7</sup> Trots detta beslutade bolaget att tilldela kontraktet i den aktuella entreprenaddelen till Anbudsgivare D.<sup>8</sup>

Efter det att Anbudsgivare C vid länsrätt väckt talan om överprövning mot den aktuella tilldelningen har Anbudsgivare D av sagt sig det tilldelade uppdraget.<sup>9</sup> Ny tilldelning har därefter

<sup>6</sup> Sundsvall Arena AB, protokoll, fört vid anbudsöppning den 26 november 2007 kl.13.00. Vid anbudsöppningen noterades inom entreprenaddelen ”Bygg och Mark” fem inkomna försändelser, vilka innehöll fyra anbud, här angivna som Anbud A samt C, D och E. För en leverantör (Leverantör B) är i protokollet antecknat ”NEJ TACK”. Såvitt framgår av tillgänglig dokumentation har utvärdering emellertid skett avseende enbart två av dessa, Anbuderna C och D. Orsaken till att övriga anbud inte har utvärderats redovisas inte.

<sup>7</sup> Sundsvall Arena AB har i yttrande i länsrätt (se fotnot 11), anfört att aktuella handlingar förelåg vid anbudstidens utgång och att aktuella datering efter detta datum, hänför sig till att Anbudsgivare D hade i förväg daterat förhandsanmälan och checklistorna, samt att den dator där värderingarna skrevs ut har haft en felaktig datuminställning, tre dagar fram i tiden (aktbilaga 24, s. två andra stycket i länsrätten).

<sup>8</sup> Se Sundsvall Arena AB, tilldelningsmeddelande den 21 december 2007, rubricerat ”Tilldelningsbeslut för entreprenad ’Husbyggnads och Markarbeten’ Äventyrsbad Sundsvall Arena AB Sundsvall kommun”, av vilket framgår att ”Sundsvall Arena AB beslutat anta [Anbudsgivare D] som entreprenör för rubricerat projekt”.

<sup>9</sup> Anbudsgivare D, skrift den 29 januari 2008 till Sundsvall Arena AB.

beslutats till Anbudsgivare C<sup>10</sup>, varvid länsrätten har avskrivit målet om överprövning.<sup>11</sup>

Upphandlingens samlade kontraktsvärde kan med ledning av inkomna anbud i samtliga upphandlingsdelar uppskattas till c:a 200 miljoner kronor.

### Gällande rätt

Offentlig upphandling som har påbörjats under perioden den 1 januari 1994 till och med den 31 december 2007<sup>12</sup> regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.

Bestämmelserna har tillkommit som en följd av bl.a. Europeiska rådets direktiv (93/37/EG) av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (det s.k. bygg- och anläggningsupphandlingsdirektivet) jämte ändringsdirektiv, men 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 byggtreprenader, varor och tjänster (klassiska upphandlingsdirektivet), som i sina obligatoriska delar trädde ikraft med s.k. direkt effekt den 1 februari 2006.

Upphandling av byggtreprenader<sup>13</sup> till ett sammanlagt kontraktsvärde överstigande 5 miljoner euro eller 45,670 miljoner kronor<sup>14</sup> skall handläggas enligt bestämmelserna för byggtreprenadupphandling enligt 1 kap. och 3 kap LOU.

Förutom statliga och kommunala myndigheter omfattar lagens bestämmelser även bl.a. kommunala bolag som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.<sup>15</sup> Enligt 2 kap. 7 § kommunallagen (1991:900) är kommunerna med några undantag<sup>16</sup> förbjudna att (direkt eller indirekt via företag) bedriva kommersiellt betingad näringsverksamhet. Med ledning av den rättsliga regleringen måste kommunala företag således anses utgöra sådana s.k. *upphandlande enheter*<sup>17</sup> som är skyldiga att iaktta upphandlingslagens bestämmelser. Tillsynsmyndighet för offentlig upphandling var tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Numera utövas tillsynen av Konkurrensverket.<sup>18</sup>

Enligt huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU skall alla upphandlande enheter iaktta affärsmässighet och opartiskhet i sin inköpsverksamhet och därvid på bästa sätt utnyttja förefintlig konkurrens. Lagen bygger därvid på ett antal i EG-fördraget stadfästa principer som även kommer till uttryck genom

---

<sup>10</sup> Se Sundsvall Arena AB, tilldelningsmeddelande den 8 februari 2008, rubricerat ”Tilldelningsbeslut för entreprenad ’Husbyggnads och Markarbeten’ Äventyrsbad Sundsvall Arena AB Sundsvall kommun”, av vilket framgår att ”Sundsvall Arena AB beslutat anta [Anbudsgivare C] som entreprenör för rubricerat projekt”.

<sup>11</sup> Länsrätten i Västernorrlands län, beslut i mål 48-08, varav beslut om interimistiskt verkställighetsförbud fattades den 1 januari 2008 samt beslut att avskriva målet från vidare handläggning fattades den 8 februari 2008.

<sup>12</sup> Se övergångsbestämmelserna i lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

<sup>13</sup> Med *byggtreprenad* avses enligt legaldefinitionen i 5 kap. LOU: utförande eller både projektering och utförande av ett arbete, som kan hänföras till en verksamhet som anges i avdelning C i bilagan till denna lag, eller ett byggnads- eller anläggningsarbete i sin helhet, vars resultat självständigt kan fullgöra en teknisk och ekonomisk funktion.

<sup>14</sup> Angivet belopp utgör gällande tröskelvärde för entreprenadupphandling under perioden den 1 januari 2006 till och med den 31 december 2007. Se vidare förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>15</sup> Se 1 kap. 2 och 6 §§ LOU.

<sup>16</sup> Undantagna är i visst avseende kommunala elhandelsföretag samt företag för kommunal tjänsteexport.

<sup>17</sup> Enligt 2007 års LOU benämns myndigheter och andra upphandlingsskyldiga organ inom den klassiska sektorn som *upphandlande myndigheter*. Termen *upphandlande enheter* är från och med den 1 januari 2008 enbart förbehållet organ verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna.

<sup>18</sup> Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret avseende offentlig upphandlingen till Konkurrensverket.

EG-direktiven om offentlig upphandling, däribland principerna om öppenhet (transparens)<sup>19</sup> samt likabehandling (artiklarna 43 och 49 EG).<sup>20</sup>

Syftet med LOU 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 förutsebart sätt. Reglerna är utformade bl.a. i syfte att försvåra möjligheterna att vid offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader samt att korrupsion motverkas.

Huvudregeln enligt 3 kap. LOU är att bygg- och entreprenadarbeten skall upphandlas enligt ett *öppet* eller ett *selektivt förfarande*. Aktuella arbeten får enligt 3 kap. 14 § LOU emellertid upphandlas genom ett *förhandlat förfarande med föregående annonsering* under förutsättning att den aktuella entreprenaden skall utföras enbart för forskning, utveckling eller experiment eller om, i det i särskilda fallet, arten av arbetena eller därmed förknippade risker inte medger någon förhandsvärdering. Så kallat ”påskyndat förfarande” får användas om ordinarie tidsfrister för infordran av anbudsansökningar och anbud inte kan iaktas på grund av brådska.<sup>21</sup> För att påskyndat förfarande skall kunna tillämpas får förutsättas att den upphandlande enheten inte genom försummelse har försatt sig i en sådan situation att tidsbrist uppstått. Bristande inköpsplanering från enhetens sida ger således inte rätt att använda påskyndat förfarande.<sup>22</sup> Förhandlad upphandling och påskyndat förfarande är undantagsförfaranden enligt gällande reglering. Förutsättningarna för att tillämpa dylika förfaranden skall enligt gemenskapsrättslig praxis därmed tolkas restriktivt<sup>23</sup> och det är den upphandlande enheten som har bevisbördan att visa att tillräckliga skäl för undantag föreligger.<sup>24</sup>

*Förhandlad upphandling* innefattar ett tvåstegsförfarande, med en inledande värdering av leverantörernas finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet, varefter ett urval av kvalificerade leverantörer får bjudas in till anbudsgivning med förhandling. Den upphandlande enheten skall ange vilka *kriterier för kvalitativt urval*, s.k. kvalifikationskrav som gäller för att inbjudas till anbudsgivning,<sup>25</sup> samt i annonsen om upphandling eller inbjudan till anbudsansökan

<sup>19</sup> ”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 Sylvé, lagbokskommentaren, Norstedts, upplaga 1:2, sid. 15 f).

<sup>20</sup> 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 byggentreprenader, 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. Aldre 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).

<sup>21</sup> Vid förhandlad upphandling skall tiden för mottagande av anbudsansökan sättas till minst 37 dagar. Angivna tidsfrister kan förkortas till lägst 10 dagar genom s.k. *påskyndat förfarande* enligt 3 kap. 20 § LOU i de fall då angivna tidsfrister inte kan iaktas på grund av brådska.

<sup>22</sup> Se prop. 1992/93:88 s. 79, där föredragande departementschefen anförde bl.a. följande ”*Det anges inte i grundtexten vad som kan utgöra godtagbara skäl för tidsnöd. Klart är att brådskan inte får vara hänförlig till den upphandlande enheten. Det får alltså inte vara fråga om t.ex. bristande inköpsplanering*”. Jfr även prop. 2006/07:128, s. 365 f.

<sup>23</sup> Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EG-domstolens avgöranden den 17 november 1993 i mål C-71/92, *Kommissionen mot Spanien*, REG 1993, s. I-5923, den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249.

<sup>24</sup> Avseende bevisbördans placering, se EG-domstolens dom den 10 mars 1987 i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, REG 1987, s. 1039, den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249. Från senare års praxis, se även domstolens dom den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28-01, *Kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I- 3609, p. 58, samt dom den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005, s. I-1, p. 46.

<sup>25</sup> Se EG-domstolens dom den 12 december 2002 i mål C-470/99, *Universale Bau*. REG 2002, s. I-11617, pp. 87-95. Där anför domstolen bl.a. följande: ”...*då kontrakt skall tilldelas vid offentlig upphandling måste både 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 [...] Det är mot denna bakgrund som det, i enlighet med tionde och elfte skälet i [bygg- och anläggningsupphandlingsdirektivet (93/37/EG)], fordras att både kriterierna för valet av anbudssökande och kriterierna för tilldelning av kontrakt*

ange vilka bevis den vill ha om en leverantörs finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet (1 kap. 18 § LOU). Antalet anbudsgivare i förhandlingen får inte vara mindre än tre, förutsatt att det finns ett tillräckligt antal lämpliga anbudsgivare (se 3 kap. 16 § LOU).

Värderingen av inkomna anbud kan i en förhandlad upphandling genomföras först efter det att kvalifikationsvärderingen har slutförts och konkreta anbud har infordrats från inbjudna leverantörer.

Vid bl.a. förhandlad upphandling skall enligt 1 kap. 16 a § LOU det av inbjudan att lämna anbud framgå ”*den dag då anbud senast skall ha kommit in*”. Bestämmelsen medför således inte möjlighet att ange särskilt klockslag utan samtliga anbud som har inkommit dag för anbudstidens utgång skall anses inkomna i tid. Inkomna anbud skall enligt 1 kap. 20 § LOU öppnas ”*så snart som möjligt efter anbudstidens utgång*”. Detta innebär att anbudsöppning inte kan utföras förrän tidigast dagen efter anbudstidens utgång.<sup>26</sup>

Den upphandlande enheten skall först pröva huruvida anbuderna har inkommit i rätt tid samt om de uppfyller för upphandlingen ställda formkrav.<sup>27</sup> Anbud eller anbudsansökningar som inte har inkommit i rätt tid eller som inte uppfyller föreskriven form skall förkastas redan i inledningsfasen.

Den upphandlande enheten skall därefter värdera inkomna anbud. Värderingen kan ske 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 skall framgå av förfrågningsunderlaget eller annonsen om upphandling och anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först (1 kap. 22 § LOU). Som exempel på kriterier för tilldelning anger lagen ”*pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m. m.*”. Uppräkningen är emellertid inte uttömmande utan 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.<sup>28</sup>

Frågan om sammanblandning av kvalifikations- och värderingskriterier har nyligen varit föremål för bedömning av EG-domstolen, vilken i målet *Lianakis m.fl.* (C-532/06) 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 uppräkningslista 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 anbuds-förfarande beaktar anbudsgivarnas erfarenhet,

---

*offentliggörs. Beträffande urvalskriterierna fordras enligt artikel 7.2 i [bygg- och anläggningsupphandlingsdirektivet], vilken avser förhandlat förfarande, att de anbudssökande väljs ut i enlighet med offentliggjorda kvalitativa kriterier*”. (pp. 93-95).

<sup>26</sup> Jfr förvaltningslagens (1986:223) reglering samt Hentze och Sylvén, Lagbokskommentaren till LOU, Norstedts, andra upplagan, 1998, s. 136.

<sup>27</sup> Den upphandlande enheten får enligt 1 kap. 21 § tredje stycket LOU dock begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar intyg, skriftliga bevis och andra handlingar som getts in och som avses i 1 kap. 17 och 18 §§ LOU.

<sup>28</sup> 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).

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”.<sup>29</sup>

Någon sammanblandning av kvalifikationskriterier med värderingskriterier får således enligt LOU och gemenskapsrättslig praxis inte komma ifråga, varken vid förhandlad upphandling eller vid något annat direktivstyrt förfarande enligt 1, 2, 3 eller 5 kap. LOU. Vid den avslutande anbudsvärderingen, där de erbjudna varornas, tjänsternas eller byggtreprenadernas kvalitet jämförs mot anbudens pris, kan därför inte förhållanden som hänför sig till anbudsgivarnas erfarenhet, personalstyrka och utrustning samt förmåga att utföra projektet inom den fastställda tidsfristen beaktas.

Den allmänna princip om likabehandling som följer av EG-fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, även giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen att "*Den i Romfördraget centrala likabehandlingsprincipen återfinns bl.a. i artikel 6 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Andra uttryckliga likabehandlingsprinciper återfinns i artikel 40 tredje stycket i Romfördraget angående likabehandling mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma jordbrukspolitiken samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har dock slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen*".<sup>30</sup> Den allmänna likabehandlingsprincipen får förstås så att en medlemsstats myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa (t.ex. inhemska) leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

Som tidigare redovisats får den upphandlande enheten inte i förfrågningsunderlaget eller i något annat underlag för upphandlingen lämna utrymme för att anbud som inte uppfyller ställda skalkrav avseende sin form eller innehåll eventuellt ändå kan komma att upptas till slutlig värdering.

Den upphandlande enheten får enligt 1 kap. 21 § LOU däremot medge att en anbudsgivare eller anbudssökande rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet eller ansökningsenheten att få lämna anbud. Enheten får begära att ett anbud eller en ansökan förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Enheten får även begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar intyg, skriftliga bevis och andra handlingar som getts in och som avses i 17 och 18 §§. Bestämmelsen skall tolkas restriktivt och kommunikationen mellan den upphandlande enheten och leverantören bör dokumenteras.<sup>31</sup>

EG-kommissionen har i en s.k. Grönbok om offentlig upphandling (1996) bland annat påpekat att "*Vid utvärderingen av anbuden får den upphandlande enheten ... inte medge att anbud avviker från förfrågningsunderlagets skalkrav. Enheten skulle i så fall bryta mot direktivet och principen om likabehandling av anbudsgivare*".<sup>32</sup> EG-kommissionen har även inom ramarna för ett s.k. formellt överträdelseförfarande riktat kritik mot en svensk varuupphandling där det av upphandlingsförutsättningarna framgick bl.a. att "*samtliga krav i denna anbudsbegäran skall vara uppfyllda. I annat fall riskerar anbudet att förkastas...*". Denna formulering, menade EG-kommissionen, kunde

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478.

<sup>31</sup> Jfr prop. 2006/07:128 s. 377.

<sup>32</sup> Se vidare EG-kommissionen, Grönbok av den 27 november 1996 "Offentlig upphandling inom Europeiska Unionen: överväganden inför framtiden" (KOM(96)0583 - C4-0009/97), avsnitt 3.29.

tolkas som att upphandlande enheten hade förbehållit sig rätten att ta upp till prövning och anta även anbud som inte uppfyller kraven, vilket strider mot bl.a. kravet på likabehandling.<sup>33</sup>

### Yttrande

Sundsvall Arena AB har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

### 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.

Sundsvall Arena AB är ett av Sundsvalls kommun indirekt helägt bolag och utgör därmed en sådan upphandlande enhet som är skyldig att följa vid varje tidpunkt gällande upphandlingsbestämmelser.

Den aktuella upphandlingen av bygg- och entreprenadarbeten för uppförandet av ett äventyrsbad i Sundsvall har påbörjats före den 1 januari 2008 samt utlysts som en annonserad förhandlad upphandling med påskyndat förfarande. Upphandlingens samlade s.k. kontraktvärde kan uppskattas till c:a 200 miljoner kronor. De på EG-direktiv grundade bestämmelser som finns införda i 1 kap. och 3 kap. LOU (1992 års lag) skall därför tillämpas. Sundsvall Arena AB:s handläggning av upphandlingen föranleder följande kritiska synpunkter.

(I) Huvudregeln enligt 3 kap. LOU är att bygg- och entreprenadarbeten skall upphandlas enligt ett *öppet* eller ett *selektivt förfarande*. Dyliga arbeten är typiskt sett mer eller mindre komplicerade till sin natur, varför det måste krävas speciella förhållanden för att kunna tillämpa *förhandlat förfarande*. Eftersom den nu aktuella entreprenaden inte skall utföras för något forsknings-, utvecklings- eller annat experimentellt ändamål och det vidare inte har framgått som klart att arten av arbetena eller därmed förknippade risker inte medger någon förhandsvärdering, framstår det som om Sundsvall Arena AB har saknat grund för att tillämpa undantagsbestämmelserna för förhandlat förfarande enligt 3 kap. 14 § LOU.

Några särskilda skäl för att tillämpa *påskyndat förfarande* – som inte orsakats av annat än möjligen tidsnöd till följd av bristande planering från Sundsvall Arena AB:s sida – har heller inte framkommit. Upphandlingen har således utlysts enligt felaktigt förfarande, varvid LOU och bakomliggande EG-direktiv har kommit att överträdas.

(II) Som framgår av 1 kap. 18 § LOU samt bl.a. EG-domstolens dom i målet *Lianakis m.fl.* (C-532/06) får kvalifikationskriterier inte blandas samman med värderingskriterier i samband med direktivstyrd upphandling enligt bl.a. 3 kap. LOU. Av det nu aktuella upphandlingsunderlaget framgår ett antal punktvis redovisade ”värderingsgrunder” som Sundsvall Arena AB skall beakta vid den avslutande värderingen av inkomna anbud. Flertalet av dessa värderingsgrunder – bland annat punkterna: organisation, ekonomistyrning/ekonomi, värderingar, kvalitet (miljö – och arbetsmiljö) samt i viss mån referensobjekt – hänför sig emellertid till förhållanden som avser anbudsgivarnas erfarenhet, personalstyrka och utrustning samt förmåga att utföra

<sup>33</sup> Se vidare EG-kommissionen, formellt förfarande mot Sverige (överträdelseförfarande nummer SG(97)D/96/4220), med anledning av en av Rikspolisstyrelsens (RPS) felaktigt genomförd upphandling av slipshållare, mössmärken och tjänstgöringstecken. Kommissionen hänvisade i sin formella underrättelse (s. 6) till att EG-domstolen i dom den 22 juni 1993 i mål C-243/89, *Storebaeltisforbindelsen AS*, REG 1993, s. I-3353 hade uttalat att ett frångående av för upphandlingen ställda krav strider mot huvudändamålet med upphandlingsdirektiven, nämligen effektiv konkurrens inom offentlig upphandling, samt utgör en överträdelse av principen om likabehandling av anbudsgivare. Se även Nämnden för offentlig upphandling *NOU info okt -97, sid 3 samt även NOU info mars -96, sid. 6 och NOU info okt. -96, sid. 10 och 17f.*



projektet inom den fastställda tidsfristen. Dessa värderingsgrunder utgör således kvalifikationskriterier (eller ”kriterier för kvalitativt urval”), vilka rätteligen skall beaktas inom ramarna för den kvalifikationsfas som vid förhandlad upphandling måste vara avslutad redan innan anbuds-givningen påbörjas. Någon laglig möjlighet att bedöma dylika kvalifikationskriterier även i samband med anbudsvärderingen föreligger således inte.

Eftersom angivna värderingsgrunder tillsammans motsvarar en väsentlig del (c:a 60 procent) av den samlade viktning som Sundsvall Arena AB skall lägga till grund för beslut om tilldelning strider den aktuella handläggningen på ett avgörande sätt mot LOU och bakomliggande EG-direktiv.

(III) Enligt EG-domstolens praxis, i bl.a. målet *Storebæltsforbindelsen AS* (C-243/89), strider ett frångående av för upphandlingen uppställda skall-krav mot huvudändamålet med upphandlingsdirektiven, nämligen effektiv konkurrens inom offentlig upphandling, samt utgör en överträdelse av principen om likabehandling av anbudsgivare. Oavsett om visst klockslag har angivits för anbuds inlämnande skall vid förhandlad upphandling samtliga anbud upptas till prövning som har inlämnats den dag då anbud senast skall ha kommit in. Anbud som helt eller delvis har inlämnats efter anbudstidens utgång får som huvudregel däremot inte beaktas. Rättelse eller komplettering i efterhand kan under vissa förhållanden dock tillåtas.

Av utredningen i ärendet framgår att delar av anbudet D har visat sig vara daterade upp till två dagar efter anbudstidens utgång. Detta tyder på att anbudet i angivna delar har ingivits utanför föreskriven anbudsfrist. Den omständigheten att Anbudsgivare D sedermera har återkallat sitt anbud sedan saken uppmärksammats i domstol stöder enligt Konkurrenskommissionens mening denna bedömning. Någon rättelse eller komplettering har det inte varit fråga om och det framstår som tveksamt om ett sådant förfaringsätt skulle kunna godkännas med stöd av gällande bestämmelser. Förfarandet att ursprungligen tilldela kontraktet till Anbudsgivare D har således riskerat strida mot LOU och bakomliggande EG-direktiv. Även förfarandet att öppna anbuderna samma dag som anbudstiden löpte ut strider mot gällande bestämmelser.

Den omständigheten att Sundsvall Arena AB i underlaget för upphandlingen har angivit att anbud som inte uppfyller uppställda skall-krav *eventuellt* kan komma att förkastas vid anbudsvärderingen medför inte annan bedömning. Denna formulering kan – i likhet med vad EG-kommissionen tidigare har påpekat avseende Rikspolisstyrelsens kritiserade upphandling – tolkas som att bolaget förbehåller sig rätten att ta upp till prövning och anta även anbud som inte uppfyller för upphandlingen ställda skall-krav. Detta strider mot bl.a. den för upphandlingsrätten grundläggande likabehandlingsprincipen.

Det sätt som den aktuella upphandlingen har utformats och handlagts strider på flera punkter mot de krav av både formell och materiell natur som kan ställas på hur en offentlig upphandling skall genomföras. Genom det påtalade förfarandet har Sundsvall Arena AB åsidosatt de krav på affärsmässighet, transparens och förutsägbarhet samt likabehandling mellan anbudsgivare som uppställs enligt lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande EG-direktiv och gemenskapsrättslig praxis. De påtalade felaktigheterna medför att konkurrensen på den aktuella marknaden har riskerat att snedvridas samtidigt som förtroendet för Sundsvall Arena AB som upphandlare undergrävs. Förfarandet medför även risk för att Sverige kan fällas för fördragsbrott i EG-domstolen.