

Regeringsrätten
Box 2293
103 17 Stockholm

Regeringsrättens mål nr 3344-09 och 3345-09 Göteborgs stad Upphandlings AB ./ Agera VVS-Design AB m.fl.

Regeringsrätten har beslutat att inhämta yttrande från Konkurrensverket i målen. Det har inte angetts om Konkurrensverket närmare ska belysa någon eller några särskilda frågor i yttrandet. I besluten att meddela prövningstillstånd anges att den fråga som har lett till att Regeringsrätten tar upp målen till prövning är om en upphandlande myndighet vid upphandling av ett ramavtal får kombinera tilldelning enligt 5 kap. 6 § LOU (bästa anbud) och 5 kap. 7 § LOU (förnyad konkurrensutsättning).

Med utgångspunkt i denna fråga får Konkurrensverket anföra följande.

BAKGRUND

1. Göteborgs stad Upphandlings AB (Upphandlingsbolaget) har påbörjat två upphandlingar av ramavtal för tekniska konsulter. Avropande myndigheter är i den ena upphandlingen huvudsakligen Göteborgs stads egna förvaltningar och i den andra huvudsakligen bolag som ägs av Göteborgs stad. Upphandlingarna avser mindre konsultuppdrag, som kan bestå av framtagning av underlag för förstudier och program för ny- och ombyggnationer, tekniska utredningar samt mindre projektuppdrag. Uppdragen är tänkta att stödja de avropande myndigheterna vid genomförande av ny- och ombyggnadsuppdrag samt underhåll och fastighetsförvaltning.
2. De delar av Upphandlingsbolagets förfrågningsunderlag som är relevanta för prövningen i målen är identiska i de båda upphandlingarna och kan beskrivas enligt följande. För tilldelning av kontrakt (avrop) som har ett ekonomiskt värde som beräknas uppgå till maximalt 20 prisbasbelopp får avropande myndighet använda en rangordningslista där alla villkor är fastställda i förväg. För avrop som uppskattas till ett ekonomiskt värde mellan 5 och 40 pris-

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

basbelopp får en förnyad konkurrensutsättning ske. Alla tidigare antagna leverantörer per kategori ska tillfrågas vid förnyad konkurrensutsättning.

3. Innan tilldelningsbeslut hade meddelats begärde 16 respektive 12 leverantörer överprövning av upphandlingarna.
4. Länsrätten i Göteborg biföll den 22 januari 2009 (mål nr 8894-09 och 8901-09) leverantörernas ansökningar och yttrade bl.a. följande. Bestämmelserna i 5 kap. 6 och 7 §§ LOU måste tolkas så att villkoren för kontraktstilldelningen antingen måste vara fastställda redan i ramavtalet eller inte vara det. Det finns därför inte utrymme till förnyad konkurrensutsättning inom ramen för ett ramavtal där samtliga villkor fastställts och de antagna leverantörerna rangordnats för avrop. Den kombination av ramavtal som Upphandlingsbolaget har använt för upphandlingarna är således inte förenlig med lagens krav. Leverantörerna måste härigenom anses ha orsakats sådan skada att det finns skäl för att besluta att upphandlingarna ska göras om.
5. Upphandlingsbolaget överklagade länsrättens domar till Kammarrätten i Göteborg, som den 27 april 2009 (mål nr 1008-09 och 966-09) avslog överklagandena och yttrade bl.a. följande. Kammarrätten anser att de kombinationer av urvalsmodeller i ett och samma ramavtal som är aktuella i målen strider mot principerna om förutsebarhet och transparens. De kan därför – även om förfarandet är kostnadseffektivt – inte godtas.
6. Leverantörernas inställning i målen kan sammanfattas enligt följande. Det är inte möjligt att kombinera avrop enligt rangordning och avrop efter förnyad konkurrensutsättning i ett och samma ramavtal. I vart fall måste förutsättningarna för när avrop enligt rangordning respektive förnyad konkurrensutsättning ska ske vara mycket tydliga och framgå av förfrågningsunderlaget. Att som i förevarande upphandling överlämna till de avropande myndigheterna att vid avrop som uppgår till värden mellan 5 och 20 prisbasbelopp välja urvalsmodell strider såväl mot LOU som mot de grundläggande principerna om förutsebarhet och transparens, och detta alldeles oavsett om det kan anses vara helt otillåtet i samtliga fall med ramavtal där två olika urvalsmodeller förekommer. De grundläggande principerna ska genomsyra hela upphandlingsförfarandet. Något utrymme för den upphandlande myndighetens godtycke eller fria skön vid just valet av urvalsmodell föreligger således inte. Huruvida effekten hade blivit densamma om Upphandlingsbolaget hade valt att upphandla två ramavtal med olika urvalsmodeller istället för ett kombinerat ramavtal saknar betydelse, eftersom ett sådant upplägg inte är föremål för prövning i målen. Det kan dock konstateras att även för det fall Upphandlingsbolaget hade valt att upphandla två ramavtal med olika urvalsmodeller hade det ändå förelegat en skyldighet att genom hela upphandlingsförfarandet följa de grundläggande principerna om transparens och förutsebarhet.

7. Upphandlingsbolagets inställning kan sammanfattas enligt följande. Det finns inget förbud mot att kombinera avrop enligt rangordning och förnyad konkurrensutsättning. Däremot finns det bara två sätt hur en leverantör får väljas inom ramen för ett ramavtal – antingen genom rangordning eller genom förnyad konkurrensutsättning. I ett ramavtal kan därför dessa två urvalsmodeller kombineras under förutsättning att endast en av dessa urvalsmodeller används vid val av leverantör i respektive avrop. Bestämmelserna i 5 kap. 6 och 7 §§ LOU tar alltså inte sikte på formen för ramavtalen i fråga, utan endast på metoden att tilldela utvalda leverantörer kontrakt under ramavtalet. Ett alternativ till ett kombinerat ramavtal är att den upphandlande myndigheten gör två parallella upphandlingar, med samma leverantörer, med i princip samma innehåll men där urvalsmodellen i det ena ramavtalet är rangordning och urvalsmodellen i det andra ramavtalet är förnyad konkurrensutsättning. Enligt LOU finns inget utrymme att tillämpa principerna om förutsebarhet och transparens vid den upphandlande myndighetens val av urvalsmodell vid ett avrop. En annan sak är att kraven på förutsebarhet och transparens gäller fullt ut i förhållande till kriterierna för val av leverantör inom respektive urvalsmodell. Eftersom effekten blir densamma om den upphandlande myndigheten väljer ett kombinerat ramavtal eller två ramavtal med olika urvalsmodeller kan inte heller någon leverantör lida skada. Denna mer flexibla ordning är utbredd på marknaden och tillämpas av samtliga myndigheter under regeringen, bl.a. i samband med upphandling av juridiska tjänster.

RÄTTSLÄGET

EG-rättsliga¹ utgångspunkter

8. Den svenska upphandlingslagstiftningen bygger på EG-direktiv om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Det följer av artikel 10 och artikel 249 tredje stycket EG-fördraget att nationella bestämmelser som genomför EG-direktiv ska tillämpas och tolkas i enlighet med ordalydelsen i och syftet med direktivens bestämmelser.² Både genomförande av direktiv i nationell lagstiftning och tolkning av sådana bestämmelser ska vidare ske med iakttagande av gemenskapsrätten som helhet och således enligt EG-

¹ I och med antagandet av *Lissabonfördraget av den 13 december 2007 om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen*, som beräknas träda i kraft den 1 december 2009, utmönstras begreppet Europeiska gemenskapen (EG). Artikelnumreringarna i nya *Fördraget om Europeiska unionen* och *Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt* kommer vidare att skilja sig från nuvarande. I detta yttrande används artikelnumreringen i det alljämt gällande EG-fördraget och de traditionella begreppen gemenskapsrätt, EG-domstolen etc.

² Se bl.a. mål 14/83 *von Colson*, punkt 26 och C-106/89 *Marleasing*, punkt 8.

fördraget, EG-domstolens praxis och de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna.³

9. Enligt artikel 5 tredje stycket EG-fördraget ska gemenskapen inte vidta någon åtgärd som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen i fördraget.
10. I artikel 12 EG-fördraget föreskrivs att all diskriminering på grund av nationalitet ska vara förbjuden. Förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet anses vara ett särskilt uttryck för den allmänna och grundläggande gemenskapsrättsliga principen om likabehandling.⁴ Enligt EG-domstolens rättspraxis ger bl.a. artiklarna 43 (etableringsfrihet) och 49 (frihet att tillhandahålla tjänster) EG-fördraget vidare särskilt uttryck för principen om likabehandling.⁵
11. Huvudsyftet med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om förfarandet vid offentlig upphandling är fri rörlighet för varor och tjänster och att området öppnas upp för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater.⁶ Bestämmelserna syftar vidare till att undanröja hinder för den fria rörligheten för varor och tjänster och att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat. Däribland ska såväl risken för att nationella anbudsgivare ges företräde vid tilldelning av kontrakt som risken för att upphandlande myndigheter låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska undanröjas.⁷
12. EG-domstolen har uttalat att principen om likabehandling av anbudsgivare utgör grunden för direktiven om offentlig upphandling.⁸ Principen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.⁹

³ Jfr bl.a. mål 283/81 *CILFIT*, punkt 20 och C-62/00 *Marks & Spencer*, särskilt punkterna 33 och 44 samt den andra beaktandesatsen till direktiv 2004/18/EG.

⁴ Se bl.a. mål 810/79 *Überchär*, punkt 16 och C-458/03 *Parking Brixen*, punkt 48.

⁵ Se bl.a. mål C-3/88 *Kommissionen mot Italien*, punkt 8 och C-458/03 *Parking Brixen*, punkt 48.

⁶ Se bl.a. mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 44.

⁷ Se bl.a. mål C-360/96 *BFI Holding*, punkt 41-43, C-380/98 *University of Cambridge*, punkt 16-17 samt C-285/99 och C-286/99 *Lombardi och Mantovani*, punkt 34-36.

⁸ Se bl.a. mål C-470/99 *Universale-Bau*, punkt 91 och C-448/01 *EVN och Wienstrom*, punkt 47.

⁹ Se bl.a. mål C-21/03 och C-34/03 *Fabricom*, punkt 27.

13. Likabehandlingsprincipen medför vidare enligt EG-domstolen att det föreligger en skyldighet för den upphandlande myndigheten att lämna insyn. Denna skyldighet syftar bland annat till att garantera att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att marknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera att upphandlingsförfarandena är opartiska och att likabehandlingsprincipen iakttas.¹⁰
14. Principen om transparens (öppenhet och förutsebarhet) utgör således ett utflöde av likabehandlingsprincipen.¹¹ Dessa båda principer innebär bland annat att tilldelningskriterierna ska vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka dem på samma sätt.¹²
15. Principerna om likabehandling och transparens måste iakttas genom hela förfarandet vid offentlig upphandling.¹³
16. EG-domstolen har uttalat att de upphandlande myndigheternas skyldighet att säkerställa att principerna om likabehandling och transparens iakttas utgör själva kärnan i upphandlingsdirektiven.¹⁴

Bestämmelser om ramavtal i direktiv 2004/18/EG

17. Gemenskapsrättsliga förfaranderegler om ramavtal vid offentlig upphandling återfinns i artikel 32 Europaparlamentet och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (direktiv 2004/18/EG).¹⁵
18. Enligt artikel 32.1 direktiv 2004/18/EG får den enskilda medlemsstaten själv bestämma om upphandlande myndigheter ska kunna ingå ramavtal. Själva ramavtalet ska enligt artikel 32.2 tilldelas med tillämpning av de förfaranderegler för offentlig upphandling som föreskrivs i direktivet. Kontrakt som

¹⁰ Se bl.a. mål C-275/98 *Unitron Scandinavia*, punkt 31, C-324/98 *Telaustria*, punkt 60-62, C-470/99 *Universale-Bau*, punkt 91-92 och C-448/01 *EVN och Wienstrom*, punkt 49.

¹¹ Jfr mål C-454/06 *Pressetext*, punkt 32.

¹² Mål C-19/00 *SIAC Construction*, punkt 41-42.

¹³ Jfr mål C-421/01 *Traunfeller*, punkt 29 och C-213/07 *Michaniki*, punkt 44. Jfr även mål C-87/94 *Kommissionen mot Belgien*, punkt 54 och C-470/99 *Universale-Bau*, punkt 93.

¹⁴ Mål C-213/07 *Michaniki*, punkt 45.

¹⁵ En definition av begreppet ramavtal finns i artikel 1.5 direktiv 2004/18/EG. Ramavtal behandlas även i direktivets elfte beaktandesats. Där anges bl.a. följande: "En ny inbjudan att lämna anbud bör genomföras enligt vissa regler som syftar till att garantera den nödvändiga flexibiliteten och iakttagandet av de allmänna principerna, bland annat principen om likabehandling."

bygger på ett ramavtal ska enligt artikel 32.2 andra stycket tilldelas i enlighet med de förfaranden som avses i punkterna 3 och 4.¹⁶

19. Enligt artikel 32.2 femte stycket direktiv 2004/18/EG får en upphandlande myndighet inte använda ramavtal på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.
20. Av artikel 32.4 direktiv 2004/18/EG framgår bl.a. följande. Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal som ingåtts med flera leverantörer kan ske antingen genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud eller, om inte alla villkor är fastställda i ramavtalet, efter det att parterna på visst i bestämmelsen närmare angivet sätt blivit föremål för förnyad inbjudan att lämna anbud.

Bestämmelser om ramavtal i LOU

21. I Sverige har förfarandebestämmelser om ramavtal vid offentlig upphandling införts i 5 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).¹⁷ Enligt 5 kap. 2 § första stycket LOU ska kontrakt som grundar sig på ett ramavtal tilldelas enligt 4, 6 eller 7 §.¹⁸
22. Av 5 kap. 6 § LOU framgår bl.a. följande. Om ramavtal ingåtts med flera leverantörer får tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud. Kontrakt ska tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet.
23. Av 5 kap. 7 § första stycket LOU framgår bl.a. följande. Om ramavtal ingåtts med flera leverantörer och om inte alla villkor är angivna i ramavtalet, ska parterna inbjudas att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet. I bestämmelsens andra stycke föreskrivs vissa närmare villkor om hur förfarandet ska gå till vid en förnyad inbjudan att lämna anbud.

¹⁶ I punkt 3 regleras förfarandet vid tilldelning av kontrakt i ramavtal som ingåtts med endast en enda leverantör, vilket inte är aktuellt i förevarande mål.

¹⁷ I 2 kap. 15 § LOU återfinns en definition av begreppet ramavtal. Frågor om ramavtal i LOU har berörts i SOU 2005:22 s 271-281, SOU 2006:28 s 301-314, Prop. 2006/07:128 s 157-180, 332-339, 614-616 och Bet 2007/08:FiU7 s 21-22. I dessa förarbeten har det inte gjorts någon analys i frågan om det enligt EG-rätten är tillåtet att i ett och samma ramavtal kombinera tilldelning enligt 5 kap. 6 och 7 §§.

¹⁸ 4 § gäller tilldelning av kontrakt i ramavtal som ingåtts med endast en enda leverantör.

BEDÖMNING

24. Ordalydelsen i artikel 32.4 direktiv 2004/18/EG om att tilldelning av kontrakt ska ske antingen genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan eller, om inte *alla* villkor är fastställda i ramavtalet, efter det att parterna blivit föremål för förnyad inbjudan att lämna anbud, kan rent språkligt uppfattas som att förekomsten av de båda urvalsmodellerna *i ett och samma ramavtal* inte är tillåtet. Den systematiska indelningen av föreskrifterna i artikel 32 direktiv 2004/18/EG respektive 5 kap. LOU kan likaså tolkas som att urvalsmodellerna är avsedda att vara alternativa och därför inte kan användas i ett och samma ramavtal. Bestämmelserna kan emellertid också läsas som endast ett förbud mot att *vid en och samma kontraktstilldelning* använda de båda urvalsmodellerna samtidigt.
25. De aktuella bestämmelsernas ordalydelse kan således inte tillmätas någon avgörande vikt, utan deras tillämpningsområde bör enligt Konkurrensverkets mening istället bestämmas med utgångspunkt i de ändamål som bär upp de gemenskapsrättsliga reglerna om förfarandet vid offentlig upphandling samt med iakttagande av de grundläggande EG-rättsliga principerna, i detta fall särskilt principerna om likabehandling och transparens.
26. Såsom har angetts tidigare ska principerna om likabehandling och transparens iakttas genom hela upphandlingsförfarandet. Det finns alltså inga delar av ett upphandlingsförfarande som kan undantas från dessa krav. Det får vidare anses vara av väsentlig betydelse för potentiella leverantörer i en ramavtalsupphandling att det genom informationen i förfrågningsunderlaget går att skaffa sig vetskap om hur kontraktstilldelningar enligt ramavtalet kommer ske.
27. Avropande myndigheter har enligt Upphandlingsbolagets förfrågningsunderlag i målen en obegränsad valfrihet i fråga om vilken av de båda urvalsmodellerna som ska användas vid tilldelning av kontrakt som beräknas uppgå till ett värde mellan 5 och 20 prisbasbelopp, eftersom det saknas föreskrifter i förfrågningsunderlagen som styr valet av urvalsmodell i dessa situationer.¹⁹ Avsaknaden av objektiva och tydliga kriterier för när vilken av de två urvalsmodellerna ska användas medför enligt Konkurrensverket en uppenbar risk att avropande myndigheter vid valet av urvalsmodell låter sig styras av andra hänsyn än rent ekonomiska. Leverantörer har inga möjligheter att utifrån ramavtalens förfrågningsunderlag ta reda på vilka omständigheter som avropande myndigheter kommer att tillmäta betydelse vid valet av urvalsmodell. Inte heller går det att kontrollera huruvida valet av urvalsmodell sker opar-

¹⁹ Jämför denna beskrivning med EG-domstolens uttalanden om att utformning av tilldelningskriterier som ger den upphandlande myndigheten en obegränsad valfrihet *vid tilldelning av kontrakt* inte är förenligt med upphandlingsdirektiven, bl.a. i mål 31/87 *Beentjes*, punkt 26, C-19/00 *SIAC Construction*, punkt 37 och C-513/99 *Concordia Bus Finland*, punkt 61.

tiskt, att alla leverantörer vid detta moment behandlas lika samt att ramavtalen inte används på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.

28. De aktuella föreskrifterna i Upphandlingsbolagets förfrågningsunderlag kan således inte anses uppfylla kraven på likabehandling och transparens och strider därför enligt Konkurrensverkets mening mot bestämmelserna i artikel 32.2 och 32.4 direktiv 2004/18/EG samt 5 kap. 2 och 6-7 §§ LOU.
29. Av samma skäl kan ett förfarande där den upphandlande myndigheten istället genomför två olika ramavtalsupphandlingar avseende samma slags varor, tjänster eller byggtreprenader och som ger avropande myndigheter en frihet motsvarande den som föreligger i förevarande mål att välja urvalsmodell vid kontraktstilldelning, enligt Konkurrensverkets mening inte heller anses uppfylla kraven på likabehandling och transparens och skulle därmed likaså stå i strid med bestämmelserna i artikel 32.2 och 32.4 direktiv 2004/18/EG samt 5 kap. 2 och 6-7 §§ LOU.
30. Förekomsten av två urvalsmodeller i ett och samma ramavtal innebär inte nödvändigtvis att den avropande myndigheten vid en viss kontraktstilldelning själv kan välja mellan de båda urvalsmodellerna. Om det i förfrågningsunderlaget till ett ramavtal för varje typ av tilldelningssituation föreskrivs tydliga villkor för vilken urvalsmodell som ska användas, och dessa föreskrifter inte lämnar något utrymme för avropande myndighets fria skön, torde invändningar med hänsyn till principerna om likabehandling och transparens inte kunna göras gällande med samma styrka som i de situationer som redogjorts för i punkterna 27 och 29.²⁰
31. Enligt Konkurrensverket ska bestämmelserna i artikel 32.2 och 32.4 direktiv 2004/18/EG samt 5 kap. 2 och 6-7 §§ LOU således tolkas så att det inte är tillåtet med föreskrifter i ramavtal som ger avropande myndighet vid tilldelningar av kontrakt avseende en och samma slags vara, tjänst eller byggtreprenad frihet att utan i förväg angivna kriterier välja mellan tillämpning av fastställda villkor och förnyad inbjudan att lämna anbud.

²⁰ En annan sak är att ett och samma ramavtal med två olika urvalsmodeller för olika inköpsituationer kan medföra *särskilda svårigheter av andra slag* för upphandlande myndigheter och leverantörer, såsom t.ex. vilka avtalsrättsliga konsekvenser ett sådant ramavtal får, hur ramavtalets förfrågningsunderlag ska utformas för att genom hela förfarandet uppfylla kraven på likabehandling, transparens och proportionalitet, vilka olika slags varor, tjänster eller byggtreprenader som med hänsyn till artikel 32.2 femte stycket direktiv 2004/18/EG över huvud taget bör förekomma i ett och samma ramavtal samt i vilka situationer det är möjligt för leverantörer att begära överprövning.

SLUTSATS

32. Föreskrifterna i Upphandlingsbolagets förfrågningsunderlag i målen ger avropande myndigheter en valfrihet i fråga om vilken urvalsmodell som ska användas vid tilldelning av kontrakt som beräknas uppgå till ett värde mellan 5 och 20 prisbasbelopp. Dessa föreskrifter kan inte anses uppfylla kraven på likabehandling och transparens och strider därför mot bestämmelserna i artikel 32.2 och 32.4 direktiv 2004/18/EG samt 5 kap. 2 och 6-7 §§ LOU.

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit Daniel Johansson.

Dan Sjöblom

Daniel Johansson

Detta yttrande publiceras på Konkurrensverkets webbplats