

Kristian Pedersen

DATUM  
2003-12-09  
ERT DATUM  
2003-11-04

DIARIENR  
2003/0289-29  
ER BETECKNING  
Mål nr 2831-03

1 (13)

Kammarrätten i Sundsvall  
Rotel 5  
Box 714  
851 21 SUNDSVALL

## Kammarrättens i Sundsvall mål nr 2831-03

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar, med stöd av 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), tillsyn över den offentliga upphandlingen.

Kammarrätten i Sundsvall har förordnat att yttrande skall inhämtas från NOU. Av kammarrättens beslut framgår att yttrandet kan avges med utgångspunkt från de rubriker som angetts i länsrättens dom. Vad gäller rubriken "Upphandlingens omfattning" bör yttrandet i förekommande fall särskilt belysa frågeställningarna kring Vägverkets begäran om prisuppgift på EU-skylt, bl.a. åtgärdens tillåtlighet samt om Aktiebolaget Scandinavian Motorcenter (SMC) lidit eller kan komma att lida skada. Av yttrandet bör vidare framgå huruvida upphandlingen sammantaget genomförts i enlighet med LOU.

### Sammanfattning av NOU:s bedömning

NOU anser att upphandlingen inte kan anses omfatta den s.k. EU-skylden. Vägverkets begäran om prisuppgift för EU-skylt har därför skett i strid med 1 kap. 21 § 2 st. LOU och inneburit ett brott mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och därmed även mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Vägverkets begäran om prisuppgift för EU-skylt har inneburit att potentiella leverantörer kan ha lidit skada. Det är dock NOU:s uppfattning att SMC i detta avseende inte lidit eller riskerat att lida skada.

Det finns enligt NOU:s mening inget hinder mot att en upphandlande enhet på eget initiativ rättar eller omprövar sin utvärdering av inkomna anbud eller sitt tilldelningsbeslut, under förutsättning att grund för rättelse eller omprövning föreligger. Det kan enligt NOU:s mening inte anses visat, att Vägverket tagit hänsyn till någon information eller några omständigheter utöver vad som framgått av förfrågningsunderlaget och Strålfors Svenska AB:s (Strålfors) anbud. Vägverkets agerande i detta avseende strider därför enligt NOU:s mening inte mot LOU.

Kristian Pedersen

Vägverket har valt att basera anbudsutvärderingen på resultatet av tester utförda på skyltar vilkas egenskaper, i ett för upphandlingen väsentligt avseende, tillåtits avvika från egenskaperna hos de skyltar som enligt de i förfrågningsunderlaget ställda skall-kraven, skall levereras. Ett sådant förfarande är enligt NOU:s mening oförenligt med det krav på öppenhet och förutsebarhet som följer av tranparensprincipen och därmed även med kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Vägverkets agerande har i denna del enligt NOU:s mening inneburit att SMC lidit skada.

Av tillgängligt material kan inte utläsas att Vägverket vid anbudsutvärderingen underlåtit att ta hänsyn till de förväntade inköpsvolymerna för respektive skylttyp. Det saknas därför enligt NOU:s mening anledning att anse att Vägverket brutit mot likabehandlingsprincipen eller kravet på affärsmässighet i detta avseende.

Materialet stödjer inte heller slutsatsen att Vägverket, i strid med likabehandlingsprincipen och kravet på affärsmässighet, givit Strålfors dispens från de krav som framgår av förfrågningsunderlaget.

## Bakgrund

Av de handlingar NOU tagit del av framgår bl.a. följande. Vägverket har genomfört en öppen upphandling (enligt 2 kap. LOU) av tillverkning och distribution av registreringsskyltar. Vägverket erhöll endast två anbud, ett från Strålfors och ett från SMC. Verket har låtit Sveriges Provnings- och Forskningsinstitut AB (SP) genomföra tester av anbudsgivarnas skyltar. Efter det att testresultaten erhållits gjorde Vägverket den bedömningen att inget av de inkomna anbuden uppfyllde de i förfrågningsunderlaget ställda kraven. Vägverket beslutade därför, med åberopande av 2 kap. 10 § LOU, att övergå till förhandlad upphandling. Sedan det uppdagats att SP vid testningen av anbudsgivarnas skyltar inte tillämpat den i förfrågningsunderlaget angivna standarden, fann Länsrätten i Dalarnas län, efter det att SMC ansökt om överprövning, att Vägverket, på det underlag som fanns, inte haft rätt att övergå till förhandlad upphandling. Länsrätten förordnade därför att upphandlingen inte fick avslutas förrän Vägverket, utifrån testresultat erhållna efter tester i enlighet med den i förfrågningsunderlaget angivna standarden, utvärderat huruvida SMC:s anbud motsvarade de i förfrågningsunderlaget uppställda kraven. Vägverket har därefter begärt in prisuppgifter avseende den s.k. EU-skylden. Verket har sedan låtit genomföra tester i enlighet med den i förfrågningsunderlaget angivna standarden och efter anbudsutvärdering beslutat att anta Strålfors som leverantör. SMC har därefter på nytt ansökt om överprövning av den aktuella upphandlingen.

Kristian Pedersen

## Rättslig bakgrund

LOU bygger i huvudsak på EG-direktiv i de delar som gäller upphandling över tröskelvärdena. De delar av LOU som gäller för upphandling under dessa tröskelvärden samt upphandling av bl.a. B-tjänster, oavsett värde, styrs av samma grundprinciper men bygger i sin utformning delvis på tidigare gällande svenska regler.<sup>1</sup> För dessa upphandlingar gäller bestämmelserna i 6 kap. LOU. Inom Världshandelsorganisationen (World Trade Organisation, WTO) finns bl.a. ett avtal om offentlig upphandling (Government Procurement Agreement, GPA). I samband med Sveriges anslutning till WTO och den tillhörande överenskommelsen GPA gjordes vissa ändringar i LOU.<sup>2</sup> LOU införlivar således både EG-direktiven om offentlig upphandling och GPA.

EG-fördraget saknar regler som specifikt rör offentlig upphandling. Däremot innehåller det grundläggande principer som är tillämpliga vid all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena. Principerna om likabehandling, inklusive icke-diskriminering, samt transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande anses följa av EG-fördragets artiklar 43, 49 och 81 och gäller således vid alla upphandlingar. EG-domstolen har i ett förhandsavgörande konstaterat att upphandlingar under tröskelvärdena faller inom gemenskapsrättens tillämpningsområde, även om de inte omfattas av upphandlingsdirektivens noggrant reglerade förfaranden.<sup>3</sup> Upphandlande myndigheter är därför skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler även vid upphandlingar under tröskelvärdena.

EG-domstolen har vid ett flertal tillfällen, beträffande syftet med upphandlingsdirektiven uttalat att "... samordningen på gemenskapsnivå av förfarandena vid offentlig upphandling avser att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och således 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"<sup>4</sup>. Domstolen har vidare uttalat att syftet med direktiv 89/665/EEG (rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn) är att "... såväl på det nationella planet som på gemenskapsplanet förstärka de redan

<sup>1</sup> Upphandlingsförordningen (1986:366) och kommunala upphandlingsreglementen.

<sup>2</sup> Se prop. 1995/96:165, SFS 1996:433.

<sup>3</sup> Mål C-59/00, Bent Moustén Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab. Se även mål C-324/98.

<sup>4</sup> Se bl.a. mål C-380/98 The Queen mot H.M. Treasury, Ex parte: The University of Cambridge och mål C-19/00, SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo.

Kristian Pedersen

förekommande medlen för att säkerställa att gemenskapens direktiv i ämnet offentlig upphandling verkligen tillämpas”.<sup>5</sup> Detta gäller enligt EG-domstolen ”... i synnerhet i ett skede då överträdelser kan korrigeras.”<sup>6</sup> Det är således mot denna bakgrund som bestämmelserna i LOU skall tolkas och tillämpas.

EG-domstolen är med stöd av artikel 234 (f.d. artikel 177) i EG-fördraget behörig att tolka gemenskapsrätten, när situationen i fråga inte direkt regleras av denna rätt, men då den nationella lagstiftaren vid införlivandet av ett direktivs bestämmelser har beslutat, att rent interna situationer skall behandlas på samma sätt som de situationer som regleras i direktivet.<sup>7</sup> EG-domstolen har vidare uttalat att de flesta av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven har direkt effekt.<sup>8</sup>

## Upphandlingens omfattning m.m.

Av transparensprincipen (kravet på öppenhet och förutsebarhet), likabehandlingsprincipen och därmed även kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU, följer att en upphandlande enhet inte får efterge eller lägga till krav i förhållande till förfrågningsunderlaget. Av detta följer även att en upphandlande enhet inte, annat än i vissa undantagsfall, får tillåta att anbudsgivare förändrar sina anbud efter anbudstidens utgång.

Av 1 kap. 21 § 1 st. LOU framgår att en upphandlande enhet får medge att en anbudsgivare eller anbudssökande rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet eller ansökningen att få lämna anbud. Av andra stycket samma lagrum framgår att den upphandlande enheten också får begära att ett anbud eller en ansökan förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Vidare får den upphandlande enheten, enligt paragrafens tredje stycke, 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 §§. Bestämmelserna i 1 kap. 21 § andra stycket LOU har sin grund i en av Rådet och EG-kommissionen gemensam förklaring. I den uttalas att förhandlingar inte är tillåtna vid öppna och

---

<sup>5</sup> Mål C-81/98, Alcatel Austria AG m.fl., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr.

<sup>6</sup> Se bl.a. mål C-249/01, Werner Hackermüller mot Bundesimmobiliengesellschaft mbH och Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG.

<sup>7</sup> Mål C-28/95, A. Leur-Bloem mot Inspecteur de Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam.

<sup>8</sup> Se bl.a. mål C-76/97, Walter Tögel mot Niederösterreichische Gebietskrankenkasse och mål C-258/97 Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mot Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft.

Kristian Pedersen

selektiva förfaranden. ”Emellertid får diskussioner föras med anbudssökandena eller anbudsgivarna, men enbart i syfte att klargöra eller komplettera anbuden eller kraven från de upphandlande myndigheterna, och under förutsättning att detta ej medför diskriminering.”<sup>9</sup> Uttalandet har ansetts gälla för samtliga direktiv inom den klassiska sektorn.

Generaladvokat Lenz har i ett förslag till avgörande anfört bl.a. följande beträffande begreppen ”förtydligande” (precisering) respektive ”komplettering”. ”Från semantisk utgångspunkt anser jag att termen ’precisera’, som används i rådets och kommissionens gemensamma förklaring, måste förstås i meningen att lämna detaljuppgifter som gör det möjligt att mer klart beskriva föremålet det handlar om, eller att med större exakthet definiera föremålet. Vad gäller den andra termen i det gemensamma uttalandet, nämligen ’komplettera’, ser jag det som att inkomma med kompletterande uppgifter som tidigare inte varit tillgängliga. De två termerna har det gemensamt att det inte handlar om att ersätta tidigare uppgifter, utan tvärtom konkretisera dem på ett eller annat sätt. Denna reflektion att varken preciseringar eller kompletteringar har till följd att tidigare fakta ersätts av nya, stöds av den objektiva reflektionen att möjligheten att byta ut vissa uppgifter potentiellt kan missgynna andra anbudsgivare.”<sup>10</sup>

Skillnaden mellan 1 kap. 21 § första och andra stycket är enligt NOU:s mening att det första stycket medger att tidigare fakta ersätts med nya, dock endast om den ursprungliga informationen är uppenbart felaktig och inte innebär att innehållet i anbudet väsentligen ändras. I andra stycket avses med förtydligande eller kompletteringar endast att tidigare lämnade uppgifter konkretiseras, d.v.s. inte att tidigare lämnade uppgifter ändras eller ersätts av nya uppgifter.<sup>11</sup> Det är således inte möjligt att, genom att begära in kompletterande uppgifter från anbudsgivarna, utöka upphandlingens omfattning till att avse sådant som inte enligt uttrycklig uppgift i förfrågningsunderlaget omfattas av upphandlingen. En sådan begäran kan innebära såväl konkurrensbegränsning som särbehandling av vissa leverantörer, såtillvida att det aldrig sker någon annonsering av de delar med vilka upphandlingen utökats. En leverantör, som avstått från att lämna

---

<sup>9</sup> OJ L111 30.4.94, p. 114.

<sup>10</sup> Förslag till avgörande i mål C-87/94 Europeiska kommissionen mot Konungariket Belgien, REG [1996] sid. I-02043.

<sup>11</sup> I 6 kap. 8 § LOU återfinns motsvarande bestämmelser som i 1 kap. 21 § första och andra stycket LOU, för upphandling under tröskelvärdena, upphandling av B-tjänster, försvarsprodukter m.m. Det är NOU:s uppfattning att de ifrågavarande bestämmelserna i 1 respektive 6 kap. LOU, som fått samma språkliga utformning, skall tolkas på ett enhetligt sätt.

Kristian Pedersen

anbud på de villkor som framgår av förfrågningsunderlaget, men som hade varit intresserad av att lämna anbud om han vetat att de delar som upphandlingen utökats med skulle komma att ingå, diskrimineras i ett sådant fall i förhållande till en leverantör som lämnat anbud och som sedan ges möjlighet att inkomma med ytterligare uppgifter.

### **NOU:s bedömning**

Av Vägverkets förfrågningsunderlag framgår under rubriken "Omfattning" att upphandlingen omfattar "tillverkning och distribution av registreringsskyltar". I förfrågningsunderlaget förekommer också under rubriken "Specifisering av registreringsskyltar" formuleringen "[u]pphandlingen omfattar följande befintliga skyltar", varpå följer en uppräknig av nio olika typer av registreringsskyltar. Därefter anges att "[u]nder avtalsperioden kan även den så kallade EU-skylden tillkomma." Under rubriken "Utvärderingsmetod" framgår vidare att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas. Bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga skall enligt förfrågningsunderlaget göras med hänsyn till två utvärderingskriterier, angivna i angelägenhetsgrad med den viktigaste först, nämligen det totala priset för tillverkning av registreringsskylt respektive registreringsskyltens kvalitet i enlighet med förfrågningsunderlagets krav och utförda kvalitetstester. I de bilagor till förfrågningsunderlaget, vilka utgör den tekniska beskrivningen av föremålet för upphandlingen, återfinns samtliga de nio befintliga typer av registreringsskyltar som anges under rubriken "Specifisering av registreringsskyltar". Däremot saknas teknisk beskrivning av den s.k. EU-skylden. Under rubriken "Kvalitetstester" framgår följande. "För att en objektiv bedömning skall kunna göras av inlämnade anbud kommer Vägverket att låta oberoende prövningsinstitut genomföra kvalitetstester av skyltarna". Till anbudet skall därför fogas provexemplar av de olika skylttyperna. Inte heller i den därefter följande uppräknigen av provskyltar som skall bifogas återfinns EU-skylden.

NOU anser, till skillnad från länsrätten, inte att det framgår av förfrågningsunderlaget, att upphandlingen omfattar samtliga registreringsskyltar som skall tillhandahållas på den svenska marknaden under avtalsstiden. Den utformning förfrågningsunderlaget fått, ger enligt NOU:s mening vid handen att endast de nio under rubriken "Specifisering av registreringsskyltar" uppräknade typerna av registreringsskyltar omfattas. Denna slutsats stöds också av det faktum att det i förfrågningsunderlaget och de därtill hörande bilagorna inte finns någon teknisk beskrivning av EU-skylden. Även det faktum att inga provexemplar av EU-skylden skall skickas in för testning talar, eftersom utvärderingen till icke obetydlig del skall baseras på genomförda tester, för att EU-skylden inte omfattas av den

Kristian Pedersen

aktuella upphandlingen. Att det av förfrågningsunderlaget framgår att "[u]nder avtalsperioden kan även den så kallade EU-skylden tillkomma" kan mot denna bakgrund, enligt NOU:s mening, uppfattas som en allmän upplysning om att Vägverket kan komma att behöva upphandla EU-skyldar separat under avtalsperioden. Det förefaller långsökt att anse att EU-skylden omfattas av upphandlingen trots att den inte omfattas av den av Vägverket valda utvärderingsmodellen.

Eftersom det, som nämnts ovan, inte är möjligt att utöka upphandlingens omfattning genom att begära in kompletterande uppgifter från anbudsgivarna är det NOU:s uppfattning att Vägverkets begäran om prisuppgift för EU-skyld skett i strid med 1 kap. 21 § 2 st. LOU och inneburit ett brott mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen, och därmed även mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU.

## Otillåtna kontakter

Det finns enligt NOU:s mening inget hinder mot att en upphandlande enhet på eget initiativ rättar eller omprövar sin utvärdering av inkomna anbud eller sitt tilldelningsbeslut, under förutsättning att grund för rättelse eller omprövning föreligger. Det torde inte heller finnas något hinder mot att rättelse eller omprövning sker med anledning av att en anbudsgivare uppmanat den upphandlande enheten att vidta rättelse eller omprövning. Om en leverantör i samband med en sådan uppmaning inkommer med uppgifter utöver vad som tidigare lämnats i anbudet eller en komplettering som sker i enlighet med 1 kap. 21 § 2 st. LOU, får den upphandlande enheten dock inte beakta dessa uppgifter vid rättelsen eller omprövningen. Rättelse eller omprövning får inte göras i syfte att kringgå bestämmelserna i upphandlingsdirektiven och LOU och därmed gynna viss leverantör, eller så att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna träds förnär.

## NOU:s bedömning

I enlighet med vad som ovan anförts är det NOU:s uppfattning att Vägverket haft laglig möjlighet att ompröva sitt tidigare ställningstagande, att Strålfors anbud inte uppfyllde skall-kraven. Strålfors har, i samband med att bolaget uppmanat Vägverket att ompröva sitt tidigare ställningstagande, skickat en DVD till Vägverket. Av de handlingar som NOU tagit del av kan dock inte utläsas att Vägverket tillmätt materialet på denna DVD någon betydelse vid den förnyade anbudsutvärderingen. Det kan enligt NOU:s mening inte heller i övrigt anses visat, att Vägverket i strid med LOU tagit hänsyn till någon information eller några omständigheter utöver vad som framgått av förfrågningsunderlaget och Strålfors anbud.

Kristian Pedersen

## Skall-kraven

Att lägga till eller efterge krav i förhållande till förfrågningsunderlaget får, som ovan nämnts, anses strida mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och därmed även kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Det finns dock, enligt NOU:s mening, normalt sett inget hinder mot att ställa krav på föremålet för upphandlingen, vilka inte behöver vara uppfyllda vid anbudslämnandet utan först vid fullgörande av kontraktet. En motsatt tolkning skulle leda till att endast leverantörer som vid tidpunkten för anbudslämnande har tillgång till nödvändig maskinutrustning, personal etc. skulle kunna lämna anbud, trots att även andra leverantörer skulle kunna anskaffa såväl utrustning som personal om de tilldelades det aktuella kontraktet. En sådan tolkning skulle enligt NOU:s mening inte bara leda till en onödig begränsning av konkurrensen, utan även vara samhällsekonomiskt olämplig, eftersom samtliga anbudsgivare skulle vara tvungna att bygga upp eller frigöra produktionskapacitet för att kunna lämna anbud, trots att endast en av dem skulle komma att få användning av denna produktionskapacitet.

I de fall då den upphandlande enheten begär in varuprover för testning, kan det dock finnas anledning att göra en annan bedömning. NOU anser att syftet med att begära in varuprover normalt skulle förfelas, om varuproverna skulle tillåtas vara av annan beskaffenhet än de produkter som skall levereras. Om den slutliga produkten har andra egenskaper än de varuprover som begärts in för testning, kan det inte uteslutas att den slutliga produkten avviker från varuproverna i något avseende som varit väsentligt vid testningen. I de fall då inte något annat uttryckligen angivits i förfrågningsunderlaget, bör anbudsgivare kunna utgå från att de krav som ställts på den produkt som skall levereras även gäller de varuprover som skall skickas in, särskilt i de fall då utvärderingen av anbuden helt eller delvis skall baseras på resultatet av tester utförda på varuproverna. Ett motsatt synsätt skulle innebära att en anbudsgivare inte på förhand skulle kunna bilda sig en uppfattning om vilka krav på produkten som måste vara uppfyllda vid anbudslämnande och vilka krav som inte behöver vara uppfyllda förrän vid fullgörande av kontraktet. Att basera anbudsutvärderingen på resultatet av tester utförda på varuprover, vilkas egenskaper avviker från egenskaperna hos den produkt som slutligen skall levereras kan därför enligt NOU:s mening normalt inte anses förenligt med det krav på öppenhet och förutsebarhet som följer av transparensprincipen. Ett sådant beteende kan också utgöra en källa till godtycke och diskriminering, eftersom varuprover från vissa leverantörer skulle kunna godkännas, trots att de inte uppvisade förväntade resultat, medan andra varuprover inte skulle godkännas.

Kristian Pedersen

## **NOU:s bedömning**

Av Vägverkets förfrågningsunderlag framgår under rubriken ”3.2.1 Utvärderingsmetod” bl.a. att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas, varvid hänsyn skall tas till ”[d]et totala priset för tillverkning av registreringsskylt” samt ”[r]egistreringsskyltens kvalitet i enlighet med förfrågningsunderlagets krav och utförda kvalitetstester (kvalitet).” Därefter framgår under rubriken ”3.5 Förfrågningsunderlagets skall-krav och bör-krav” följande. ”Kraven i förfrågningsunderlaget är formulerade som skall- och bör-krav. Skall-krav är samtliga ’skall’ i förfrågningsunderlaget och bör-krav är motsvarande samtliga ’bör’. Skall-kraven måste vara uppfyllda för att anbudet skall kunna värderas.” Under rubriken ”5 Krav på registreringsskylt” framgår vidare att ”[a]nbudsgivare skall bekräfta – om han antas som leverantör – att tillverkning kommer att ske enligt nedanstående krav på registreringsskyltar.” Under rubriken ”5.1.1 Utformning av skyltar framgår bl.a. att ”[s]kyltarnas olika utförande, mått, färg, reflektion, typsnitt etc, framgår av bilagor 1-9.” Av nämnda bilagor framgår att samtliga skyltar har reflekterande botten. Under rubriken ”5.4 Hållfasthet” framgår bl.a. att ”[u]r övervakningssynpunkt, synbarhetskravet, är färgen samt reflektionsförmågan på skyltarna av avgörande betydelse.” Under rubriken ”5.5 synlighet och reflektionsförmåga” framgår vidare bl.a. att ”[s]tor vikt läggs vid registreringsskyltens synlighet samt reflektionsförmåga i både dagsljus och mörker.”

Under rubriken ”6 Kvalitetstester” anges hur de tester, vilka skall ligga till grund för utvärderingen, skall utföras. Vidare anges bl.a. följande. ”Som utgångspunkt för testernas genomförande har SS-ISO7591 använts. På grund av att denna standard bedömts vara otillräcklig har vissa tester lagts till samt vissa standardtester modifierats. Av den nedanstående beskrivningen av tester framgår det vilka testmoment som lagts till samt vilka som modifierats.” Av nämnda beskrivning av tester framgår att testerna ”Reflektionsförmåga” och ”Lokala variationer av reflektionsförmåga” skall genomföras i enlighet med standarden.

Av Sveriges Provnings- och Forskningsinstitut (SP) rapport (aktbilaga 18 i länsrättens akt) framgår att den använda standarden endast har krav på reflektionsförmåga beträffande vita och gula skyltar. Standarden innehåller således inget krav på reflektionsförmåga beträffande blå, gröna och röda skyltar. Av rapporten framgår vidare att Strålfors ”[r]öda skyltar saknar röd reflektionsförmåga, texten hos dessa reflekterar med vitt ljus.”

NOU tolkar, mot denna bakgrund, Vägverkets förfrågningsunderlag enligt följande. Utvärderingen av anbudet skall ske dels med hänsyn till det totala priset för tillverkning av registreringsskylt och dels, med hänsyn till

Kristian Pedersen

registreringsskyltens kvalitet i enlighet med förfrågningsunderlagets krav och utförda kvalitetstester. Vägverket får enligt NOU:s mening anses ha uppställt ett skall-krav på att anbudsgivare skall bekräfta att tillverkning kommer att ske enligt nedanstående krav på registreringsskyltar, d.v.s. att registreringsskyltarna *vid leverans* kommer att uppfylla de i förfrågningsunderlaget ställda kraven, däribland kravet att samtliga skyltar skall ha reflekterande botten. Den standard som legat till grund för de kvalitetstester, vilka i sin tur legat till grund för anbudsutvärderingen, innehåller dock inget krav på reflektion för blå, gröna och röda skyltar. Detta får enligt NOU:s mening förstås så att Vägverket inte uppställt som skall-krav att de blå, gröna och röda skyltar, som anbudsgivarna skulle skicka in för testning, skulle ha reflekterande botten.

Vägverket har således valt att basera anbudsutvärderingen på resultatet av tester utförda på skyltar vilkas egenskaper, i ett för upphandlingen väsentligt avseende, tillåtit avvika från egenskaperna hos de skyltar som enligt de i förfrågningsunderlaget ställda skall-kraven, skall levereras. Ett sådant förfarande är, som ovan nämnts, enligt NOU:s mening normalt sett oförenligt med det krav på öppenhet och förutsebarhet som följer av transparensprincipen och därmed även med kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU.

## Övrigt och avslutning

Av 1 kap. 22 § LOU framgår att en upphandlande enhet skall anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som har lägst anbudspris. Dessa bestämmelser får anses ha sin grund i det krav på lika och rättvis behandling som följer av likabehandlingsprincipen och kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. För att en upphandlande enhet i detta avseende skall kunna leva upp till de krav som följer av LOU, krävs att den utvärderingsmodell som används är ägnad att ge ett rättvisande resultat, d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt eller, i förekommande fall, har lägst anbudspris antas. Om en upphandling innehåller flera olika typer av produkter som skall prissättas var för sig, bör de förväntade inköpsvolymerna för respektive typ av produkt enligt NOU:s mening återspeglas i utvärderingen av anbudet. Om inte hänsyn tas till förväntade inköpsvolymerna, kan en anbudsgivare som i sitt anbud lämnat det ekonomiskt mest förmånliga anbudet eller lägsta priset beträffande de produkter som skall anskaffas i stor volym, förlora upphandlingen på grund av att han lämnat ett ekonomiskt mindre förmånligt anbud eller högre pris beträffande produkter som endast skall anskaffas i liten volym, trots att han i praktiken totalt sett lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller anbudet med det lägsta priset.

Kristian Pedersen

Likabehandlingsprincipen och kravet på affärsmässighet innebär vidare, som ovan nämnts, att en upphandlande enhet inte får frångå ställda krav. Av detta följer även att en upphandlande enhet inte får ge någon anbudsgivare dispens från de krav på föremålet för upphandlingen, vilka framgår av förfrågningsunderlaget.

### **NOU:s bedömning**

Av Vägverkets förfrågningsunderlag framgår under rubriken ”3.2.1.3 Viktning” att priset skall viktas med 75% och att kvaliteten skall viktas med 25%. Att så också har skett vid utvärderingen av anbuderna framgår av den kalkyl för anbudsutvärdering som framgår av bilaga 1 till Vägverkets tilldelningsbeslut. Av handlingarna i ärendet kan emellertid inte utläsas att Vägverket vid anbudsutvärderingen underlåtit att ta hänsyn till de förväntade inköpsvolymerna för respektive skylttyp. Tillgängligt material visar således inte att Vägverket brutit mot likabehandlingsprincipen eller kravet på affärsmässighet i detta avseende.

Materialet stödjer inte heller slutsatsen att Vägverket, i strid med likabehandlingsprincipen och kravet på affärsmässighet, givit Strålfors dispens från de krav som framgår av förfrågningsunderlaget.

NOU har ovan, under rubrikerna ”Upphandlingens omfattning” respektive ”Skall-kraven”, konstaterat att Vägverket brutit mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och därmed även kravet på affärsmässighet. Eftersom Vägverkets agerande således inneburit att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten trätts förnär, saknas enligt NOU:s mening anledning att ta ställning till det som i länsrättens dom anförs beträffande Regeringsrättens avgörande RÅ 2002 ref 50.

### **Skadebedömning**

Av 7 kap. 1 § LOU framgår att en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf. Om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten enligt 7 kap. 2 § besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Hentze och Sylvén skriver i kommentar till LOU att uttrycket ”skada” inte avser ”... ekonomisk skada i den bemärkelse som gäller för skadestånd enligt 7 kap. 6 § LOU. Direktiven anger ’has been or risks being harmed’. Det engelska uttrycket ’harm’ betyder den typ av ’skada’ som står i motsats till

Kristian Pedersen

'nytta'. [...] Överprövning avser, enligt vår uppfattning, istället ett icke finansiellt avhjälpande, vilket även stöds av Arrowsmith, The law of public and utilities procurement, s. 904. En leverantör skall ha rätt till rättslig hjälp när den upphandlande enheten genom brott mot LOU förhindrar leverantören att vara med att delta på ett rättvist sätt eller helt och hållet."<sup>12</sup>

## **NOU:s bedömning**

NOU har ovan konstaterat att Vägverkets begäran om prisuppgift för EU-skylt skett i strid med 1 kap. 21 § 2 st. LOU och inneburit ett brott mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen, och därmed även mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU.

Det kan enligt NOU:s mening inte uteslutas att leverantörer som avstått från att lämna anbud på de villkor som framgår av förfrågningsunderlaget, skulle ha varit intresserade av att lämna anbud om de vetat att EU-skylden skulle komma att ingå i upphandlingen, t.ex. för att de redan bedriver tillverkning av EU-skyltar i någon annan medlemsstat. Det kan därför inte heller uteslutas att Vägverkets agerande varit till skada för en sådan leverantör. SMC har emellertid lämnat anbud i den aktuella upphandling och därför givits samma möjlighet som Strålfors att inkomma med prisuppgift för EU-skylt. Av länsrättens dom framgår att Vägverket obestritt uppgett att de begärda uppgifterna inte påverkat utgången i upphandlingen. Av det material NOU tagit del av kan inte heller utläsas att så skulle ha skett. Vägverkets begäran om prisuppgift för EU-skylt har således enligt NOU:s mening inte inneburit att SMC lidit eller riskerat att lida skada.

NOU har även ovan konstaterat att Vägverket valt att basera anbudsutvärderingen på resultatet av tester utförda på skyltar vilkas egenskaper, i ett för upphandlingen väsentligt avseende, tillåtits avvika från egenskaperna hos de skyltar som enligt de i förfrågningsunderlaget ställda skall-kraven, skall levereras. NOU har vidare konstaterat att ett sådant förfarande normalt sett är oförenligt med det krav på öppenhet och förutsebarhet som följer av transparensprincipen och därmed även med kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU.

Det är i målet ostridigt att Strålfors röda skyltar i de tester som utförts av SP visat sig sakna röd reflektionsförmåga. Det är likaledes ostridigt att samtliga SMC:s skyltar i testning visat sig vara reflekterande. Om Vägverket inte, i strid med transparensprincipen och kravet på affärsmässighet, baserat anbudsutvärderingen på tester av skyltar, vilka i ett för upphandlingen

---

<sup>12</sup> Hentze & Sylvén, Offentlig upphandling, Norstedts Juridik AB 1998, upplaga 1:2, sid. 348.

Kristian Pedersen

väsentligt avseende tillåtits avvika från de skyltar som enligt förfrågningsunderlaget slutligen skulle levereras, skulle SMC:s anbud varit det enda anbud som uppfyllde samtliga ställda krav. Vägverkets brott mot LOU har således, enligt NOU:s mening, inneburit att SMC lidit skada.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 9 december 2003 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, sektionschefen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, rättsakkunnige Gunilla Hulting, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Kristian Pedersen. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt de direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Kristian Pedersen