

Kristian Pedersen

DATUM
2005-05-11
ERT DATUM
2005-04-22

DIARIENR
2005/0088-29
ER BETECKNING
Mål nr 1903-05

1 (6)

Kammarrätten i Stockholm
Rotel 044
Box 2302
103 17 STOCKHOLM

Kammarrättens i Stockholm mål nr 1903-05 mellan Botkyrka kommun och Ord och Vetande AB

Kammarrätten i Stockholm har anmodat Nämnden för offentlig upphandling (NOU) att inkomma med yttrande i rubricerade mål.

Bakgrund

NOU har tagit del av kammarrättens akt i målet. Av handlingarna framgår i huvudsak följande. Botkyrka kommun har genomfört en förenklad upphandling av konsulttjänster (i förfrågningsunderlaget används begreppet klarspråkskonsult). Kommunen har i förfrågningsunderlaget, under rubriken F2.025 Kompetenskrav, bl.a. uppställt som kvalificeringskrav att anbudsgivarens processledare samt eventuella underentreprenörer skall ha "[r]elevanter utbildning, d v s språkkonsultutbildning från högskolan eller motsvarande". Ord & Vetande AB ansökte den 28 februari 2005 om överprövning vid Länsrätten i Stockholms län och yrkade att länsrätten skulle förordna att upphandlingen skulle göras om alternativt rättas till på så sätt att det ovannämnda utbildningskravet skulle tas bort.

Länsrätten avgjorde målet genom dom den 4 mars 2005 och förordnade att upphandlingen skulle göras om. Av domskälen framgår bl.a. följande. "Kraven måste vara proportionerliga i förhållande till det som skall upphandlas. I målet har inte lämnats någon förklaring till varför aktuellt krav på språkkonsultutbildning från högskola ställts. Med hänsyn till att upphandlingen avser klarspråkskonsult kan det ställda kravet anses ha ett visst naturligt samband med det som skall upphandlas. Det har dock inte framhållits att det krävs speciella kunskaper som endast kan tillägnas vid högskola för att utföra den upphandlade tjänsten. Inte heller finns det något lagstadgat krav på aktuell utbildning för tjänsten. Vid sådant förhållande kan enligt länsrättens förmenande det ställda kravet inte anses stå i rimlig proportion till det som upphandlas eller vara i övrigt affärsmässigt motiverat."

Kristian Pedersen

Botkyrka kommun överklagade den 18 mars 2005 länsrättens dom till kammarrätten som den 24 mars beslutade att meddela prövningstillstånd.

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 för upphandling av bl.a. B-tjänster, oavsett värde, bygger på samma grundprinciper men utgörs av nationella regler. För dessa upphandlingar gäller bestämmelserna i 6 kap. LOU.

EG-fördraget¹ 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.²

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.³ LOU:s 7 kapitel införlivar intentionerna i rättsmedelsdirektiven 89/665/EEG och 92/13/EEG. I kapitlet görs inte någon skillnad mellan upphandling enligt 2-5 kap. och 6 kap. LOU. Enligt direktiven skall medlemsstaterna införa bestämmelser som innefattar "undanröjandet av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbuds- eller kontraktshandlingarna eller i varje annat dokument som har samband med upphandlingen".⁴ Enligt 7 kap. 2 § skall en förvaltningsdomstol besluta om åtgärder "om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller

¹ I lagen används benämningen Romfördraget.

² Mål C-59/00 Bent Moustén Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab. Se även mål C-324/98. Flera andra mål rörande förhållanden utanför direktivens direkta tillämpningsområde är anhängigjorda vid EG-domstolen eller föremål för EG-kommissionens granskning.

³ Mål C-28/95 A. Leur-Bloem mot Inspecteur de Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam.

⁴ Direktiv 89/665/EEG art. 2.1 b).

Kristian Pedersen

någon annan bestämmelse” i LOU. Som det första kravet i 1 kap. 4 § anges att upphandlingen skall göras ”med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns”.

Typer av krav som får ställas på leverantörer vid offentlig upphandling

Syftet med att ställa krav på leverantörerna (s.k. kvalificeringskrav) är att få in underlag för prövning av leverantörernas tekniska förmåga och kapacitet samt ekonomiska och finansiella ställning. Syftet med leverantörs-kvalificeringen är inte att hitta den leverantör som har mest erfarenhet eller störst ekonomisk styrka utan att identifiera de leverantörer som har *tillräcklig* erfarenhet och ekonomisk styrka för att utföra uppdraget, d.v.s. tillräcklig erfarenhet och ekonomisk styrka för att kunna tillgodose den upphandlande enhetens behov.

Av 1 kap. 18 § 2 st. LOU framgår att den upphandlande enheten i annonsen om upphandling eller i inbjudan till anbudsgivning skall ange vilka bevis den vill ha om en leverantörs finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet. Vilka bevis som den upphandlande enheten får begära in finns reglerade i förordning (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling. Av förordningen kan vissa slutsatser dras om vilka typer av krav som kan ställas beträffande leverantörernas finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet. Om ett bevismedel finns uppräknat i förordningen får krav som sammanhänger med detta bevismedel ställas, förutsatt att det är relevant för den aktuella upphandlingen och att dess tillämpning i det enskilda fallet inte strider mot någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Det bör dock observeras att förordningens uppräknning av tillåtna bevis endast är uttömmande beträffande bevis som rör teknisk förmåga och kapacitet, vilket innebär att det kan vara möjligt att även ställa vissa sådana krav rörande finansiell och ekonomisk ställning som inte kan styrkas med hjälp av något av de bevis som framgår av förordningen.

Förordningen är endast tillämplig vid upphandlingar över tröskelvärdena i den klassiska sektorn. Motsvarande bestämmelser återfinns inte i 6 kap. LOU, vilket innebär att upphandlande enheter i den klassiska sektorn vid upphandlingar enligt 6 kap. LOU endast är skyldiga att följa bestämmelserna i EG-fördraget och de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna när de bestämmer vilka bevis leverantörerna skall ge in. Viss ledning om vilka typer av krav som kan ställas borde dock även vid upphandling under tröskelvärdena kunna hämtas ur förordningen.

Kristian Pedersen

Av 7 § 1 st. förordningen om bevis framgår att den upphandlande enheten får begära att en leverantör visar sin tekniska förmåga och kapacitet endast genom ett eller flera av de bevis som räknas upp i paragrafen med hänsyn till tjänsternas art, mängd och ändamål. I första punkten i samma stycke omnämns "leverantörens utbildnings- och yrkesmässiga kvalifikationer eller motsvarande uppgifter beträffande företagsledningen och särskilt den eller de personer som skall ansvara för utförandet av tjänsterna". Av detta kan således, i enlighet med vad som ovan anförts, utläsas att det är tillåtet att ställa krav på att leverantörerna har viss nivå på sina utbildnings- och yrkesmässiga kvalifikationer, förutsatt att ett sådant krav är relevant för den aktuella upphandlingen och att dess tillämpning i det enskilda fallet inte strider mot någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna.

Nivån på de krav som får ställas på leverantörer vid offentlig upphandling

Varken LOU eller förordningen om bevis innehåller någon reglering av nivån på de krav som får ställas på leverantörernas finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet. Vilken kravnivå som är tillåten i en enskild upphandling får istället avgöras med tillämpning av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, främst proportionalitetsprincipen.

Proportionalitetsprincipen hör enligt EG-domstolens fasta rättspraxis till gemenskapsrättens allmänna principer, och nationella myndigheter måste, när de tillämpar gemenskapsrätten, följa proportionalitetsprincipen, även i de fall då de har en vidsträckt bedömningsfrihet. Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas skall vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till de mål som eftersträvas. I valet mellan olika åtgärder skall en medlemsstat välja den som leder till minsta möjliga störningar för den ekonomiska verksamheten.⁵ Det måste således finnas ett rimligt förhållande mellan det eftersträvade målet och de vidtagna åtgärderna. Åtgärderna måste vara rimligen ägnade att åstadkomma det eftersträvade målet samtidigt som det men som drabbar den som påverkas av åtgärderna inte får vara oproportionerligt i förhållande till nyttan för det allmänna.⁶

Av EG-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning av om proportionalitetsprincipen åsidosatts skall genomföras

⁵ EG-kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten, EGT C 121, 2000-04-29.

⁶ Hartley, T.C., *The Foundations of European Community Law*, 5 uppl., Oxford University Press, 2003, sid. 152.

Kristian Pedersen

som en ”strukturerad avvägning” mellan motstående intressen. Bedömningen består av tre steg, varav det andra är det som framträder tydligast i domstolens praxis. För det första skall en bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra skall en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje skall bedömas om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.⁷ EG-domstolen har i skilda sammanhang uttalat att reglerna skall tolkas i ”funktionella termer”, d.v.s. det är den praktiska tillämpningen och åtgärdens effekter vid den enskilda upphandlingen som skall bedömas.

EG-kommissionen har beträffande tjänstekoncessioner, vilka inte omfattas av upphandlingsdirektiven men skall tilldelas med iakttagande av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, uttalat bl.a. följande. ”När det gäller koncessioner ger [proportionalitetsprincipen] koncessionsgivande organ frihet att utforma ändamålet, särskilt prestanda och tekniska specifikationer, men kräver att alla för detta ändamål valda åtgärder både skall vara nödvändiga och lämpliga. En medlemsstat får t.ex. inte kräva teknisk kapacitet eller förmåga eller finansiell kapacitet av anbudsgivarna utöver det som står i proportion till ändamålet för koncessionen.”⁸

NOU:s bedömning

NOU vill med anledning av omständigheterna i det rubricerade målet vid kammarrätten anföra följande.

Som tidigare nämnts är det, även vid förenklad upphandling, tillåtet att ställa krav på att leverantörerna har viss nivå på sina utbildnings- och yrkesmässiga kvalifikationer, förutsatt att ett sådant krav är relevant för den aktuella upphandlingen och att dess tillämpning i det enskilda fallet inte strider mot någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. I det förevarande målet aktualiseras främst proportionalitetsprincipen.

Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas skall vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till de mål som eftersträvas.

⁷ De Búrca, G., The Principle of Proportionality and its Application in EC Law, Yearbook of European Law vol. 13, 1993, sid. 146.

⁸ EG-kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten, EGT C 121, 2000-04-29.

Kristian Pedersen

Även av kravet på utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns framgår att kretsen av dem som får delta i upphandlingen inte skall begränsas i onödan. Det måste således, som tidigare nämnts, finnas ett rimligt förhållande mellan det eftersträvade målet och de vidtagna åtgärderna. Åtgärderna måste vara rimligen ägnade att åstadkomma det eftersträvade målet samtidigt som det men som drabbar den som påverkas av åtgärderna inte får vara oproportionerligt i förhållande till nyttan för den upphandlande enheten.

I det förevarande målet måste således en bedömning göras av om kravet på "[r]elevant utbildning, d v s språkkonsultutbildning från högskolan eller motsvarande" är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det av Botkyrka kommun angivna syftet, d.v.s. att kommunen skall kunna "sluta avtal med en leverantör som med säkerhet kan garantera att upphandlingens syfte uppnås". Vidare måste bedömas om kravet är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Slutligen måste en bedömning göras av om den negativa effekt som kravet får, d.v.s. att Ord och Vetande AB utesluts från deltagande i upphandlingen, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det av kommunen angivna syftet.

Frågan huruvida kravet på "[r]elevant utbildning, d v s språkkonsultutbildning från högskolan eller motsvarande" i Botkyrka kommuns upphandling av klarspråkskonsult strider mot proportionalitetsprincipen är en bedömningsfråga som måste avgöras mot bakgrund av den bevisning som parterna åberopar i kammarrätten. NOU avstår därför från att ta ställning i den frågan.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 11 maj 2005 i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, chefsjuristen Hans Ekman, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, verkställande direktören Merit Israelsson, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och förbundsjuristen 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 direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Kristian Pedersen