

Camilla Graf Morin

DATUM
2005-09-20
ERT DATUM
2005-08-25

DIARIENR
2005/0172-29
ER BETECKNING
Mål nr 17792-05E

1 (9)

Länsrätten i Stockholms län
Rotel 221, avd 2
Box 17106
104 62 STOCKHOLM

Länsrättens i Stockholms län mål nr 17792-05E mellan Flygtaxi Sverige AB och Försvarsmakten

Länsrätten i Stockholms län har anmodat Nämnden för offentlig upphandling (NOU) att inkomma med yttrande i rubricerade mål.

Länsrätten begär att NOU främst yttrar sig över följande fråga: Är det möjligt att i en öppen upphandling av tjänster över tröskelvärdet ha ett förfarande som innebär att tilldelningsbeslutet eller upphandlingskontraktet villkoras av att det tekniska system som skall upphandlas godkänns enligt kriterier som av säkerhetsskäl inte kan redovisas för anbudsgivarna?

NOU begränsar sitt yttrande till ovan nämnda fråga.

Sammanfattning av NOU:s bedömning

NOU anser att ett tilldelningsbeslut eller upphandlingskontrakt med ett villkor med icke angiven innebörd strider mot transparensprincipen som ingår i 1 kap. 4 § LOU. Ett sådant villkor står enligt NOU:s uppfattning i strid med affärsmässighetsprincipen och kravet på att utnyttja befintlig konkurrens.

En upphandlande enhet har visserligen rätt att välja utvärderingsmetod och tilldelningskriterier. Dessa skall dock vara utformade så att en leverantör vid utformningen av sitt anbud får en rättvisande uppfattning om de kriterier som leder till tilldelning av kontrakt. Den i målet använda metoden förefaller inte medge att intresserade leverantörer inför anbudsgivningen får kännedom om samtliga förutsättningar för tilldelning av kontraktet.

Sverige skall enligt direktiv 89/665/EEG vidta åtgärder för att garantera att ett upphandlingsbeslut prövas effektivt. En leverantör som anser sig förfördelad och därför riskerar att lida skada skall ges möjlighet att få sin sak prövad. Ett villkor med icke angiven innebörd försvårar en sådan prövning.

Camilla Graf Morin

NOU anser att öppen upphandling svårligen kan förenas med upphandlande enheters behov av att hemlighålla vissa uppgifter i upphandlingar. Detta måste i stället ske inom ramen för andra upphandlingsförfaranden företrädesvis förenklad upphandling och i enlighet med LOU:s bestämmelser.

Bakgrund

NOU har tagit del av länsrättens akt i målet. Av handlingarna framgår i huvudsak följande. Försvarmakten har i en öppen upphandling inbjudit leverantörer att inkomma med anbud avseende taxitransporter och därmed tillhörande tjänster såsom bokning, färdplanering, hantering av betalningsmedel, rapportering, fakturering m.m. av taxitransporter.

Beträffande IT-säkerhet föreskriver Försvarmakten följande i de administrativa villkoren (sid. 4). ”Med hänsyn till Försvarmaktens säkerhetskrav för IT-system kan anbudet komma att förkastas på grund av att logistiksystemet ej godkänns för användning inom Försvarmakten. Innan ett system kan tas i drift, för användning inom Försvarmakten, måste det ackrediteras, vilket innebär en granskning av systemet ur säkerhetssynvinkel. Om systemet innehåller komponenter som Försvarmakten bedömer inte uppfyller säkerhetskraven kan systemet inte användas. Det innebär även att varje förändring, av beståndsdelar i ett tidigare ackrediterat system, måste godkännas av Försvarmakten innan det ändrade systemet kan användas. Att i förväg ange vilka komponenter som är godkända för användning i system som utnyttjas inom Försvarmakten är inte möjligt med hänsyn till Försvarmaktens sekretessregler.”

Av ett förtydligande som Försvarmakten formulerat beträffande den aktuella upphandlingen framkommer bland annat följande.

”Införande av nya it-system i Försvarmakten, liknande det som ingår som en del av den nu aktuella upphandlingen, sker vanligtvis i två steg. Det första steget avser själva upphandlingen. Där ställs ett antal krav på systemet utifrån tjänsten eller varan som efterfrågas. Dessa krav är angivna i den kravspecifikation som gått ut som en del av förfrågningsunderlaget. Anbuderna utvärderas utifrån dessa angivna krav och en leverantör tilldelas kontraktet utifrån de poäng dennes anbud erhållit i utvärderingen.

Därefter tar nästa del i processen vid. Auktorisation och ackreditering av det system som den vinnande anbudsgivaren erbjudit i upphandlingen genomförs för att analysera och fastställa att programvaran får installeras

Camilla Graf Morin

och användas i Försvarmaktens existerande IT-miljö. Denna process är alltså självständig från själva upphandlingen men den kan naturligtvis påverka vilken leverantör som slutligen erhåller kontraktet i upphandlingen beroende på huruvida auktorisation och/eller ackreditering kan beviljas eller inte.

Att ange samtliga faktorer som påverkar resultatet i auktoriserings- och ackrediteringsprocessen är tyvärr inte möjlig, dels på grund av att det kan finnas sådant som kan omfattas av försvarssekretess, dels på grund av den mängd olika kombinationer av lösningar som var och en i ett givet fall kan godkännas i processen men i ett annat fall inte godkännas. En auktorisations- och ackrediteringsprocess innebär en granskning av såväl den aktuella tjänsten som skall utföras som funktionerna som finns hos systemet samt systemet i sig, inklusive både mjuk- och hårdvara. Personal däremot omfattas normalt inte av granskningen i en auktorisations- och ackrediteringsprocess”.

Av handlingarna framkommer således att frågan om ackreditering och auktorisation inte är aktuell förrän efter att anbudet passerat kvalificerings- och tilldelningsfasen. Det anbud som då erhåller högst poäng kommer att få sitt erbjudna system prövat utifrån de kriterier som fastställts av Försvarmaktens IT auktorisationsgrupp och någon godtycklighet uppges inte föreligga. Om det vinnande anbudet inte blir godkänt i auktorisations- och ackrediteringsprocessen kommer i stället det anbud som erhållit näst bästa poäng i utvärderingen att granskas för auktorisation och ackreditering och därefter nästkommande etc. enligt upphandlingsrapportens rangordning av inkomna anbud till dess ett anbud vars erbjudna system godkänns slutligt tilldelas upphandlingskontraktet.

Rättslig bakgrund

LOU bygger i huvudsak på EG-direktiv i de delar som gäller upphandling över tröskelvärdena. I 1 kap. 4 § LOU återges huvudregeln om affärsmässighet vilken bland annat anger att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt.

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

¹ I LOU används benämningen Romfördraget.

Camilla Graf Morin

och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande, anses följa av EG-fördragets artiklar.

Möjligheten att villkora ett avtal behandlas inte specifikt vare sig i direktiven eller i LOU.

Enligt EG:s rättsmedelsdirektiv 89/665/EEG² skall medlemsstaterna tillhandahålla leverantörer snabba och effektiva rättsmedel i händelse av överträdelser av gemenskapsrättens regler för offentlig upphandling eller av nationell lagstiftning om genomförandet av sådana regler. Prövningsförfarande skall kunna åberopas av var och en som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling och som har skadats eller riskerar att skadas av en påstådd överträdelse.

NOU:s bedömning

Villkorat tilldelningsbeslut eller upphandlingskontrakt

Möjligheten att villkora ett tilldelningsbeslut eller ett upphandlingskontrakt behandlas inte specifikt i upphandlingslagstiftningen. I upphandlingssammanhang bör det, enligt NOU:s uppfattning, göras åtskillnad mellan ett villkor där innebörden tydligt framkommer för intresserade leverantörer och ett villkor med icke angiven innebörd såsom i det nu aktuella fallet. NOU:s resonemang nedan avser främst den senare arten av villkor.

Ett villkorat upphandlingskontrakt kan även delas upp i sådana villkor som den upphandlande enheten själv råder över och sådana som är den upphandlande enheten inte själv förfogar över. NOU får uppfattningen att det i förevarande fall torde vara fråga om ett sådant villkor som enheten själv förfogar över, eftersom det framställs som om det är Försvarmakten som bestämmer vilken programvara som får installeras och användas i den egna IT-miljön.

NOU:s generella uppfattning beträffande dessa olika typer av villkor och förenligheten med LOU är följande. Ju mer ett villkor är beroende av beslut som den upphandlande enheten inte förfogar över, t.ex. ett beslut från regeringen om att en verksamhet skall tilldelas resurser, desto mer talar det för att villkoret är förenligt med upphandlingslagstiftningen. Detta under förutsättning att tillräcklig öppenhet beträffande villkoret föreligger inför anbudsgivningen.

² Införlivat i svensk lagstiftning genom bestämmelser i 7 kap. LOU.

Camilla Graf Morin

NOU:s uppfattning här grundar sig på uttalanden från EG-domstolen³ beträffande att ett tilldelningskriterium inte får ha den verkan att den upphandlande enheten ges en obegränsad valfrihet när den tilldelar en anbudsgivare ett kontrakt. Varje enskilt fall får emellertid granskas för att bland annat klargöra vilket utrymme den upphandlande enheten har att disponera över tilldelningen av kontraktet. Av handlingarna framkommer att Försvarmakten har uppgivit att den inte förbehåller sig någon fri prövningsrätt av inkomna anbud såsom sökanden påstår. Försvarmakten uppger vidare i inlägga till domstolen att "[v]ilka system som kan godkännas prövas noga efter vissa fastställda kriterier vilka av säkerhetsskäl tyvärr inte kan redovisas fullt ut."

Enligt NOU:s uppfattning är exempelvis ett villkor beträffande säkerhetsprövning i ett upphandlingskontrakt förenligt med LOU. Kontraktet kan exempelvis villkoras av utfallet av en s. k. säkerhetsprövning enligt säkerhetsskyddslagen (1996:627) innebärande en kontroll av att antagen leverantör är pålitlig från säkerhetssynpunkt i det fall denne skall delta i verksamhet som har betydelse för rikets säkerhet. Av förfrågningsunderlaget skall det i sådana fall tydligt framgå att upphandlingskontraktets giltighet är villkorat av att det bolag som tilldelas kontraktet blir godkänt vid en säkerhetsprövning enligt säkerhetsskyddslagen. I exemplet ovan är villkoret tydligt för intresserade leverantörer vilket gör att de kan avstå från att inge anbud om vetskap finns att personalen inte klarar en säkerhetsprövning och enheten ges inte heller någon fri prövningsrätt.

Som NOU har uppfattat nu aktuellt villkor kan det närmast likna ett dolt skallkrav eller ett dolt särskilt/tillkommande kontraktsvillkor. Anbudet avseende det tekniska system som lämnats av den leverantör som enligt tilldelningsbeslutet skall tilldelas kontraktet, prövas ånyo mot de kriterier som Försvarmakten av säkerhetsskäl inte kan redovisa öppet. Om det vinnande anbudet inte blir godkänt i auktorisations- och ackrediteringsprocessen kommer istället det anbud som erhållit näst bästa poäng i utvärderingen att granskas för auktorisation och ackreditering och därefter nästkommande etc. NOU ser auktorisations- och ackrediteringsprocessen som en del av upphandlingsförfarandet, eftersom det har avgörande betydelse för tilldelningen av kontrakt.

Av 1 kap. 22 § LOU framkommer att den upphandlande enheten skall ange samtliga omsändigheter som avses tillmätas betydelse vid anbudsprövningen. NOU:s uppfattning är, att frågan huruvida nu aktuellt

³ Mål C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab ./.. Helsingin kaupunki, HKL- Bussliikenne. Se NOU info oktober -02 sid. 10-12.

Camilla Graf Morin

förfarande är tillåtet, i övrigt får belysas genom tillämpning av de grundläggande principerna i gemenskapsrätten på upphandlingsområdet.

Försvarsmakten har till grund för valet av leverantör använt sig av bedömningsgrunder som hålls hemliga för leverantörerna. Detta förhållande drabbar anbudsgivarna lika, utom möjligen beträffande en tidigare leverantör, och kan därmed i sig inte anses strida mot likabehandlingsprincipen. Den prövning som villkoret föreskriver kan vara diskriminerande för vissa leverantörer beroende på vad det innebär i relation till hur marknaden ser ut. För att kunna utnyttja de konkurrensmöjligheter som finns och för att upphandlingen skall ske på lika villkor, krävs ett klart och tydligt förfrågningsunderlag. Av transparensprincipen följer att upphandlingen skall kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. Förfrågningsunderlaget skall vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som skall upphandlas.

En potentiell leverantör måste kunna bedöma på grundval av den information som ges i annons och i förfrågningsunderlag, om det är fråga om en upphandling i vilken ett konkurrenskraftigt anbud kan lämnas. Försvarsmaktens nu tillämpade metod kan innebära att en leverantör som de facto inte klarar de krav som IT-miljön kräver ändå lägger ner arbete med att inkomma med ett väl genomarbetat anbud, trots att han inte kan komma ifråga. Metoden är till stor nackdel för intresserade leverantörer, eftersom de inte får reda på samtliga förutsättningar för tilldelning av kontraktet.

EG-domstolen har i en dom⁴ uttalat när upphandlande enheter grundar sin prövning på olika kriterier för att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, måste dessa kriterier anges i meddelandet om upphandling eller i kontraktshandlingarna.

Regeringsrätten har i en dom⁵ uppgivit bland annat följande. ”I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.”

⁴ Mål C-225/98, Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Frankrike (Nord-Pas-de-Calais).

⁵ RÅ 2002 ref. 50.

Camilla Graf Morin

NOU anser sammanfattningsvis att ett tilldelningsbeslut eller upphandlingskontrakt med ett villkor med icke angiven innebörd strider mot transparensprincipen som ingår i 1 kap. 4 § LOU. Ett sådant villkor står enligt NOU:s uppfattning i strid med affärsmässighetsprincipen och kravet på att utnyttja befintlig konkurrens.

Särskilda kontraktsvillkor

Beträffande s.k. särskilda kontraktsvillkor⁶ som föreskriver hur ett uppdrag skall genomföras föreskriver lagstiftningen (se 1 kap. 18 b § LOU) att dessa skall anges i annonsen om upphandlingen. I förhandlad upphandling utan föregående annonsering skall villkoret anges i förfrågningsunderlaget. Det är således inte tillåtet att den upphandlande enheten använder sig av villkor som inte tillkännages inför upphandlingen. De särskilda kontraktsvillkoren skall vara förenliga med icke-diskrimineringsprincipen och övriga för offentlig upphandling grundläggande gemenskapsrättsliga principer, det vill säga likabehandling, öppenhet, förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet samt EG-fördragets regler om den inre marknaden⁷. Ett villkor som medför att leverantören utesluts från upphandlingen eller att hans anbud förkastas måste således vara känt i förväg.

Rättsmedel

Effektiva rättsmedel skall kunna belysa en genomförd upphandling och en leverantör som anser sig förfördelad och därför riskerar att lida skada skall ges möjlighet att få sin sak prövad. NOU anser att Försvarsmaktens sätt att villkora ett upphandlingskontrakt försvårar en sådan prövning.

Försvarsmakten uppger att auktorisations- och ackrediteringsprocessen är ”på sätt och vis fristående från själva upphandlingen och påverkar inte bedömningen av ett system vid utvärderingen av inkomna anbud.” I 7 kap. LOU anges beträffande omfattningen av överprövningsinstitutet att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § (som införlivar de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna⁸) eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit skada eller kan komma att lida skada skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

⁶ Särskilda kontraktsvillkor anses inte vara krav på leverantören eller utvärderingskriterier, utan särskilda därutöver tillkommande kontraktsvillkor.

⁷ Se Regerings proposition 2001/02:142, Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m. sid. 94.

⁸ a.a. sid. 38.

Camilla Graf Morin

Resultatet av Försvarmaktens prövning i auktorisations- och ackrediteringsprocessen kan bli att det vinnande anbudet inte blir godkänt och att det anbud som erhållit näst bästa poäng tilldelas kontraktet. Den leverantör som i utvärderingen fick högst poäng förlorar i detta fall kontraktet på grundval av detta. Tilldelningsbeslutet återspeglar således inte vem som valts som leverantör, utan endast rangordningen enligt vilken anbuden kommer att prövas mot inför det slutgiltiga ställningstagandet. Det ger inte anbudsgivarna tillräcklig vägledning i frågan huruvida de bör begära överprövning.

EG-domstolen har i en dom⁹ bland annat behandlat frågan om omfattningen av möjligheten att överpröva beslut utanför upphandlingsprocessen.

Upplysningsvis kan nämnas att rättsmedlen i LOU står till buds beträffande särskilda villkor som en upphandlande enhet ställer.

Upphandling som omfattas av sekretess

NOU anser att öppen upphandling svårligen kan förenas med upphandlande enheters behov av att hemlighålla vissa uppgifter i upphandlingar. Detta måste i stället ske inom ramen för andra upphandlingsförfaranden företrädesvis förenklad upphandling och i enlighet med LOU:s bestämmelser.

För det fall en upphandling omfattas av sekretess gäller bestämmelserna i 6 kap. LOU enligt 1 kap. 3 § andra stycket LOU. Den upphandlande enheten eller regeringen kan besluta om ytterligare undantag från bestämmelserna i 6 kap. LOU med hänsyn bland annat till rikets säkerhet. Försvarmakten hade således möjlighet att överväga att tillämpa andra bestämmelser än att gå ut i en öppen upphandling med de begränsningar som nu är aktuella.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 20 september 2005 i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, chefsjuristen Hans Ekman, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, chefsjuristen Anna Lefevre Skjöldebrand och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av NOU:s kanslichef Margareta Hentze och chefsjurist Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Camilla Graf Morin. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

9 Mål C-26/03 Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH (RPL) mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna.

Camilla Graf Morin

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Camilla Graf Morin