

Göteborg & Co Träffpunkt AB
Mässans gata 8
412 51 Göteborg

”Guiden och Göteborgspaketet” – ”Göteborgs- och Evenemangskartan”

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Göteborg & Co Träffpunkt AB (Göteborg & Co) har under sommaren 2005 genomfört två upphandlingar ”Guiden och Göteborgspaketet” samt ”Göteborgs- och Evenemangskartan”. Upphandlingsformen var urvalsupphandling enligt 6 kap. LOU. Edita Sverige AB (Edita) har i en skrivelse den 4 oktober 2005 begärt att NOU skall granska de aktuella upphandlingarna.

BEDÖMNING OCH BESLUT

NOU bedömer att Göteborg & Co har brutit mot LOU genom

- att ansökningsinbjudningarna inte innehåller tillräckliga uppgifter för att de grundläggande principer som bär upp LOU skall anses ha iakttagits,
- att Göteborg & Co inte uppfyllt sin upplysningsskyldighet vare sig enligt 1 kap. 27 § eller 1 kap. 28 § LOU samt
- att felaktigt tillämpa kriterium ”ekonomisk stabilitet” som utvärderingskriterium.

NOU beslutar med stöd av 7 kap. 9 § LOU att Göteborg & Co senast den 1 oktober 2007 till Konkurrensverket¹, 103 85 Stockholm, skall inkomma med uppgift om vilka åtgärder som bolaget vidtagit för att rätta till dessa brister i sina upphandlingar.

¹ NOU sammanslås med Konkurrensverket fr.o.m. den 1 september 2007 förutsatt att Riksdagen fattar vederbörligt beslut i frågan.

ÄRENDET

Edita har anfört bl.a. följande. Edita har med stöd av 1 kap. 27 § LOU begärt en motivering av Göteborg & Co varför bolagets ansökan om att få lämna anbud har förkastats men har inte erhållit någon sådan. Vidare har Edita anfört att ansökningsinbjudan till urvalsupphandlingen var bristfällig på grund av att det saknas objektiva urvalskriterier och information om hur Göteborg & Co skulle gå tillväga vid kvalificeringen av leverantörerna. Bolaget har även anfört att Göteborg & Co under handläggningen av upphandlingen av "Göteborgs- och Evenemangskartan" ändrat upphandlingsförfarande från en urvalsupphandling till en förenklad upphandling samt att Göteborg & Co tillfört nya urvalskriterier efter det att kvalificeringen av leverantörerna genomförts i den meningen att det vid anbudsutvärderingen tillförts ett kriterium om ekonomisk stabilitet. Det skall också ha saknats uppgift om vilken ekonomisk stabilitet som godtogs i upphandlingen. Vidare har Edita anfört att det saknats uppgifter om hur anbudsutvärderingen skulle utföras samt uppgifter om rangordning och viktning av anbudsutvärderingskriterierna. Tilldelningsbeslutet skall även ha varit undermåligt motiverat.

Göteborg & Co har i ett yttrande den 8 september 2006 anfört bl.a. följande. En motivering enligt 1 kap. 27 § LOU har skickats via e-post till Editas kontaktperson samma dag eller dagen efter det att framställningen gjordes. Urvalskriterierna finns angivna i anbudsinbjudan. Av 6 kap. 2 c § LOU framgår att det av inbjudan skall framgå hur en ansökan om att få lämna anbud skall lämnas och den dag då ansökan senast skall ha kommit in. Göteborg & Co har uppfyllt de krav som lagstiftaren ställer på innehållet i en anbudsinbjudan. Någon ändring av upphandlingsförfarande har inte skett. Upphandlingen som genomfördes var en urvalsupphandling. En beklaglig felskrivning har skett i förfrågningsunderlaget. Det är riktigt att det i förfrågningsunderlaget fanns ekonomisk stabilitet med som ett utvärderingskriterium. Det har däremot aldrig använt som ett urvalskriterium som Edita påstår och inte heller tillförts i efterhand. Någon skyldighet att ange utvärderingskriterierna i ansökningsinbjudan återfinns inte i LOU. Eftersom ekonomisk stabilitet är ett utvärderingskriterium har det överhuvudtaget inte varit aktuellt att ange en lägsta godtagbar ekonomisk stabilitet. Utvärderingskriterierna har angivits med det viktigaste kriteriet först och sedan i fallande ordning. Denna prioriteringsordning har sedan återspeglats i själva utvärderingen. Tilldelningsbeslutet skrevs efter en mall och ansågs tillfyllest. Göteborg & Co tillämpar numera en omarbetad mall.

Göteborg & Co har anmodats att komma in med den e-postförsändelse som uppges ha sänts till Edita och som skall ha innehållit en motivering enligt 1 kap. 27 § LOU. Göteborg & Co har härefter inkommit med e-postkorrespondens mellan Editas kontaktperson och Göteborg & Co:s kontaktperson i vilken framgår att Göteborg & Co den 13 juni 2005, efter begäran

från Edita om en motivering av varför Edita inte valts ut att lämna anbud, svarat Edita ”Vi fick in 12 ansökningar och var tvungna att göra ett urval.”

NOU gör följande bedömningar.

NOU granskar endast klagomålsärenden som bedöms vara av allmänt eller principiellt intresse. Detta ärende bedöms vara av allmänt intresse i så motto att NOU:s synpunkter på de fel som begåtts kan tjäna som ett pedagogiskt exempel – inte bara för Göteborg & Co utan även för andra upphandlande enheter – på väsentliga kontroller att vidta i en upphandling.

LOU och gemenskapsrätten

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.² För dessa upphandlingar gäller bestämmelserna i 6 kap. LOU.

EG-fördraget saknar regler som specifikt rör offentlig upphandling.³ Däremot innehåller det grundläggande principer som är tillämpliga vid all upphandling. Principerna om likabehandling (inklusive icke-diskriminering), 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 även upphandlingar under tröskelvärdena faller inom gemenskapsrättens tillämpningsområde, även om de inte omfattas av upphandlingsdirektivens noggrant reglerade förfaranden.⁴ 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”⁵. 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 förekommande medlen för att säkerställa att gemenskapens direktiv i ämnet of-

² Upphandlingsförordningen (1986:366) och kommunala upphandlingsreglementen.

³ I Fördragets artikel 163 ang. forskning och teknisk utveckling anges dock bl.a. att gemenskapen skall fastställa gemensamma standarder m.m. för att skapa tillträde till de nationella offentliga upphandlingsmarknaderna.

⁴ Mål C-59/00 Bent Mousten Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab. Se även mål C-324/98.

⁵ 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.

fentlig upphandling verkligen tillämpas”⁶. Det är mot denna bakgrund som bestämmelserna i LOU skall tolkas och tillämpas.

Ansökningsinbjudan

Ansökningsinbjudan skall innehålla sådan information som möjliggör för leverantören att bedöma om han skall ansöka om att få lämna anbud. I 6 kap. 2 c § LOU anges vilka uppgifter som skall framgå av ansökningsinbjudan; hur ansökan får lämnas och sista datum för mottagande av ansökan. Utöver dessa uppgifter bör även följande uppgifter framgå av inbjudan; den upphandlande enhetens namn, postadress, e-postadress, telefonnummer, fax och kontaktperson; vart ansökan skall skickas; beskrivning av det som skall upphandlas; vilka krav som gäller för att få lämna anbud (jämför t.ex. med 6 kap. 9 och 10 §§ LOU); på vilket sätt leverantören kan lämna upplysningar om att han uppfyller ställda krav; den upphandlande enhetens egna referens eller diarienummer; leveranstid eller avtalsperiod; avtalets omfattning och övrig information, t.ex. angivande av antalet leverantörer som skall få lämna anbud.

Kammarrätten i Göteborg har i dom den 21 juni 2006 i mål nr 1793-06 i ett mål om urvalsupphandling enligt 6 kap. LOU haft uppe frågan om vilken information som måste återfinnas i ansökningsinbjudan. En central fråga i målet var om en upphandlande enhet i förväg måste ange vilka kriterier den avser att tillämpa vid urvalet av de leverantörer som skall bjudas in att lämna anbud. Kammarrätten anger i domskälen att principerna om öppenhet och förutsebarhet skall beaktas och påpekar att urval av leverantörer som görs i en urvalsupphandling är någonting annat än den kvalificering av leverantörer som görs i alla upphandlingar. Kriterierna för urvalet av de leverantörer som skall ges möjlighet att lämna anbud måste alltså skiljas från kvalificeringskraven. Det krav på öppenhet och förutsebarhet som gäller för kvalificeringskraven och utvärderingskriterierna bör gälla även för kriterierna för urvalet av leverantörer som skall ges möjlighet att lämna anbud. De urvalskriterier som den upphandlande enheten avser att tillämpa, måste således anges innan leverantörerna skall ge in anbudsansökningar. Urvalet i den aktuella upphandlingen skulle enligt förfrågningsunderlaget grunda sig på ställda kvalificeringskrav och göras av en referensgrupp. Kammarrätten anför att kvalificeringskraven inte kan användas för att göra ett urval, eftersom de är absoluta. Kammarrätten ansåg att kriterierna för urvalet inte var tillräckliga.

Upphandlingar enligt 6 kap. är inte reglerade i EG:s upphandlingsdirektiv, utan omfattas bara av de grundläggande principerna i EG-fördraget. Kammarrätten har således endast tillämpat de grundläggande principerna när den kommit fram till sin bedömning. Kammarrättens bedömning följer dock regleringen i det nya direktivet för den klassiska sektorn 2004/18 EG. art 44 p. 3 1 st. vari följande framgår. ”Vid selektiva och förhandlade förfaranden med

⁶ Mål C-81/98, Alcatel Austria AG m.fl., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr.

offentliggörande av ett meddelande om upphandling/--/ får den upphandlande myndigheten begränsa antalet lämpliga anbudssökande som den kommer att inbjuda att lämna anbud, att förhandla respektive att delta, under förutsättning att det finns tillräckligt många lämpliga anbudssökande. De objektiva och icke-diskriminerande kriterier eller regler som den upphandlande myndigheten kommer att tillämpa, skall framgå av meddelandet om upphandling, liksom det lägsta antalet anbudssökande som den kommer att inbjuda samt, i förekommande fall, det högsta antalet”. Det finns mot denna bakgrund anledning att anta att denna artikel i en överprövning av en direktivsstyrd upphandling skulle tillmätas direkt effekt.⁷

Göteborg & Co har i de aktuella upphandlingarna bl.a. efterfrågat information såsom kontaktuppgifter, registreringsbevis, referenser m.m. Förutom detta skulle anbudssökandena lämna en kort beskrivning av företaget och dess verksamhet och upplysningar om att företaget har erfarenhet av liknande produkter samt arbetat med liknande produktion.

Vad som krävs beträffande urvalskriterier i upphandlingar enligt 6 kap. LOU har ännu inte ställts på sin spets. Göteborg & Co har dock i de aktuella fallen inte ställt upp några kriterier som kan ge ledning för hur ett urval skulle gå till – inte ens någonting som kan betecknas som kvalificeringskrav. NOU:s uppfattning är därför att Göteborg & Co i detta avseende brutit mot de grundläggande principer som bär upp LOU.

Motivering i enlighet med 1 kap. 27 § LOU

Enligt 1 kap. 27 § LOU skall en upphandlande enhet vid upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap. lämna upplysningar till den anbudssökande eller anbudsgivare som begär det, om varför hans ansökan eller anbud förkastats. Upplysningar skall lämnas inom 15 dagar från det att begäran kom in. I 6 kap. 1 § andra stycket anges att 1 kap. 27 § gäller även vid urvalsupphandling.

Enligt 6 kap. 13 § LOU skall en upphandlande enhet dokumentera skälen för sina beslut och vad som i övrigt förekommit av betydelse vid upphandlingsförfarandet. Dokument som bör bevaras är exempelvis annons, förfrågningsunderlag, sändlista, öppningsprotokoll, anbudsansökningar, anbud, tjänsteanteckningar avseende kontakter med leverantörer, utvärderingsprotokoll och handlingar som utvisar motiven för val av anbudsgivare och leverantör respektive skälen för förkastande av anbudsansökningar och anbud. Dessa handlingar utgör sedan underlag för exempelvis upplysningsskyldigheten i 1 kap. 27 §.

Edita har i ärendet anfört att bolaget efterfrågat en motivering i enlighet med 1 kap. 27 § utan att detta efterkommit av Göteborg & Co. Göteborg & Co menar att en motivering har skickats via e-post till Editas kontaktperson samma

⁷ NOU Info december -06 s. 8

dag eller dagen efter det att framställningen gjordes. Trots att NOU efterfrågat den motivering som skall ha sänts, har någon sådan inte inkommit utan endast ett e-postmeddelande med lydelsen "Vi fick in 12 ansökningar och var tvungna att göra ett urval".

NOU konstaterar att detta inte är en godtagbar motivering i enlighet med de krav som LOU ställer (se ovan under "Ansökningsinbjudan" och nedan under "Tilldelningsbeslutet"). Göteborg & Co har i detta avseende brutit mot upplysningsskyldigheten i 1 kap. 27 § LOU.

Tilldelningsbeslutet

EG-domstolen har i den s.k. Alcatel-domen⁸ slagit fast att en upphandlande enhets beslut om tilldelning av kontrakt utgör det viktigaste beslutet i upphandlingen och att det beslutet skall vara möjligt att överpröva. Domstolen uttalade att medlemsstaterna var skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka undanröjande av beslutet om vilken eller vilka leverantörer som skall tilldelas kontrakt. I svensk rätt har detta prövningsförfarande införts för såväl direktivstyrda upphandlingar enligt 2 – 5 kap. LOU som icke direktivstyrda upphandlingar enligt 6 kap. nämnda lag.

Enligt 1 kap. 28 § första stycket LOU skall den upphandlande enheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, lämna upplysningar till varje anbudssökande eller anbudsgivare om beslutet och skälen för det.

Det är den upphandlande enheten som väljer innehåll och utformning avseende informationen. Regeringen anför bl.a. följande i prop. 2001/02:142 sid. 61. avseende tilldelningsbeslutets innehåll:

"Det är viktigt att upphandlande enheter utformar informationen om tilldelningsbeslutet på ett sådant sätt att det framgår vilka omständigheter som legat till grund för enhetens beslut att anta ett visst anbud. Enligt 1 kap. 22 § och 6 kap. 12 § LOU skall en enhet anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som har lägst anbudspris. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall enheten enligt bestämmelsen ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Om upphandlingen har skett enligt reglerna i LOU kan tydligt utformade skäl leda till att en leverantör avstår från att begära överprövning. Genom att utforma skälen på ett tydligt sätt kan således den upphandlande enheten i viss utsträckning undvika att upphandlingen fördröjs i onödan. Det får därför antas ligga i de upphandlande enheternas intresse att tydligt redovisa skälen för tilldelningsbeslutet så att anbudssökande, anbudsgivare och andra leverantörer får klart för sig varför upphandlingskontraktet tilldelats en viss anbudsgivare. Någon reglering av detta behövs således inte."

⁸ mål nr C-81/98 Alcatel Austria m.fl, Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr

I specialmotiveringen till bestämmelsen (tidigare nämnda prop. sid. 97) anför regeringen även bl.a. följande.

”Alltför intetsägande uppgifter om varför en viss eller vissa leverantörer tilldelats upphandlingskontraktet kan innebära att enheten inte kan anses ha lämnat upplysningar om skälen för beslutet. Det är således inte tillräckligt att enheten i upplysningarna som skäl anger att den vinnande leverantörens anbud var det ekonomiskt mest fördelaktiga (1 kap. 22 § första stycket punkt 1 och 6 kap. 12 § första stycket punkt 1). Om anbudet antagits på den grunden bör i upplysningarna även redovisas vilka omständigheter som enheten tagit hänsyn till för att enheten skall anses ha lämnat skäl för tilldelningsbeslutet. Om anbudet antagits på den grunden att det haft lägst anbudspris (punkt 2 i sistnämnda bestämmelser) är det dock tillräckligt att enheten i upplysningarna om tilldelningsbeslutet redovisar detta. Det är inte nödvändigt att dessutom ange anbudspriset.”

NOU:s uppfattning är mot bakgrund av ovanstående att, när en upphandlande enhet utformar upplysningar om tilldelningsbeslut enligt 1 kap. 28 § första stycket LOU, måste enheten tydligt ange på vilka grunder den eller de vinnande leverantörernas anbud antagits. I många fall kan det vara tillräckligt att utforma upplysningarna som ett brev där det anges vem (eller vilka) som antagits som leverantör och skälen för det. I andra fall kan skälen anges genom att utvärderingsprotokollet i dess helhet bifogas, om ett sådant utlämnande inte möter hinder enligt sekretessregler. Utgångspunkten är att den upphandlande enheten har bevisbördan för att enheten lämnat de föreskrivna upplysningarna.

Av 1 kap. 28 § andra stycket LOU framgår, att även andra leverantörer än sådana som deltagit i upphandlingen, har rätt att på begäran få ta del av upplysningarna om tilldelningsbeslutet. Sådana upplysningar skall lämnas genast eller så snart det är möjligt till den leverantör som begär det. Bestämmelserna i 1 kap. 28 § LOU gäller samtliga upphandlande enheter och rör skyldigheten att lämna upplysningar om skälet för tilldelningsbeslut.

Enligt Kammarrättens i Jönköping dom den 27 mars 2003 i mål nr 549-07 måste ett grundkrav på informationen i tilldelningsbeslut vara att mottagaren kan bedöma hur utvärdering skett och vilka överväganden som lett till det redovisade resultatet (se även Kammarrättens i Stockholm dom den 2 december 2003 i mål nr 7459-03).

I tilldelningsbeslut avseende upphandlingen ”Göteborgs- och Evenemangskartan” av den 7 september 2005 anges följande:

”Göteborg & Co Träffpunkt AB har genomfört utvärdering av inkomna anbud i rubricerad upphandling och vill informera om att vi har för avsikt att teckna avtal med följande tryckeri: Falkenbergs Tryckeri

Inkomna anbud har utvärderats enligt förfrågningsunderlaget. Utvärderingen har skett med tillämpning av följande rangordnade kriterier:

Kvalitet

Pris

Erfarenhet/referenser

Ekonomisk stabilitet – vilket bedömts utifrån UC's riskbedömning

Vid utvärderingen har ovan angivna anbud funnits vara det mest fördelaktiga med hänsyn till sin förmåga att uppfylla ställda krav.”

Enligt NOU:s mening kan det aktuella tilldelningsbeslutet inte anses uppfylla den upplysningsskyldighet som ställs upp i 1 kap. 28 § LOU, då tilldelningsbeslutet inte innehåller någon ny information om utvärderingsförfarandet än vad förfrågningsunderlaget gör. Den information som getts är alltför knapphändig för att en leverantör skall kunna uppfatta varför hans anbud förkastats och på så sätt kunna tillvarata sina rättigheter. NOU vill upplysa den upphandlande enheten om att konsekvensen av att ett tilldelningsbeslut inte uppfyller kraven i 1 kap. 28 § första stycket är, att tiodagarsfristen i 7 kap. 1 § tredje stycket inte börjar löpa.

Ändrat upphandlingsförfarande?

Upphandlingen avseende tryck av Göteborgs- och Evenemangskartan skedde genom urvalsupphandling med föregående ansökningsinbjudan. I förfrågningsunderlaget, punkten 3, har sedan angetts ”Upphandlingen sker som en förenklad upphandling”. Göteborg & Co har anfört att det inte skett någon ändring av upphandlingsförfarande. Upphandlingen som genomfördes var en urvalsupphandling men en beklaglig felskrivning har skett i förfrågningsunderlaget. NOU finner inte skäl att misstro denna uppgift och anser inte heller att saken är av betydelse för ärendet.

Anbudsutvärderingen

Varken LOU eller EG-direktiven innehåller några formregler för hur en anbudsutvärdering skall gå till. Inte heller finns det några regler om hur en utvärderingsmodell skall vara konstruerad. Vid offentlig upphandling finns två alternativa utvärderingsgrunder att välja mellan. I 6 kap. 12 § LOU⁹ anges att en upphandlande enhet skall anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller det anbud som har lägst anbudspris. Skall det anbud antas som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, skall den upphandlande enheten i förfrågningsunderlaget också ange samtliga utvärderingskriterier som kommer att påverka utvärderingen. Utvärderingskriterierna exemplifieras i LOU med pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Dessa kan kompletteras och ersättas med andra, under förutsättning att de har anknytning

⁹ Motsvarande bestämmelse finns även för upphandlingar som genomförs inom det direktivstyrd området. 6 kap 12 § LOU har fått en identisk utformning med 1 kap. 22 § LOU.

till det som upphandlas¹⁰. Det bör observeras att samtliga exemplifieringar härrör sig till kontraktsföremålet, dvs. det som skall upphandlas. Det är alltså inte tillåtet att använda utvärderingskriterier som avser att utvärdera leverantören. EG-domstolen har uttalat att den upphandlande enheten inte endast är fri att välja kriterier för tilldelning av kontrakt, utan även att bestämma viktningen av dessa. Detta gäller under förutsättning att en utvärdering kan göras på grundval av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.¹¹

Den upphandlande enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först. Av fast praxis följer att detta skall läsas restriktivt, dvs. endast när det av påvisbara skäl inte är möjligt att redan i annonsen eller förfrågningsunderlaget ange någon rangordning får man avstå från det. Det är således inte tillåtet att göra en allmän, sammantagen värdering av anbuden eller av hur väl utvärderingskriterierna uppfylls. Enligt förarbetena till LOU¹² skall den upphandlade enheten inte bara noga ange vilka omständigheter den avser att beakta, utan även redan från början göra klart för sig hur olika omständigheter som servicegrad etc. kan värderas i ekonomiska termer. Något generellt krav i lagstiftningen på att ange kriteriernas relativa inbördes betydelse finns inte gällande upphandlingar under tröskelvärdena. Däremot kan det i vissa upphandlingar för att uppfylla kraven på transparens och förutsebarhet vara nödvändigt att göra en sådan viktning av utvärderingskriterierna¹³. I de fall en viktning anges i förfrågningsunderlaget måste utvärderingen av de inkomna anbuden för att uppfylla kraven på förutsebarhet, transparens och likabehandling ske på det sätt som anges i förfrågningsunderlaget.

Regeringsrätten¹⁴ har uttalat, att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas, under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Regeringsrätten angav vidare, att i det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga, att ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat, att

¹⁰ Se bl.a. mål C-31/87 Beentjes, p. 19, C-19/00 SIAC Construction p. 35-36 och C-513/99 Concordia Bus Finland p. 59

¹¹ C-448/01 EVN och Wienstrom, p 39. Frågan i målet var huruvida direktivet utgör ett hinder för att en upphandlande myndighet inom ramen för en bedömning av vilket anbud som ekonomiskt sett är mest fördelaktigt för tilldelning av kontrakt om elförsörjning, tillämpar ett kriterium enligt vilket det krävs att den levererade elen producerats från förnybara energikällor. Domstolen konstaterade att sådant kriterium, viktat med 45 procent, inte stred mot gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling.

¹² Proposition 1992/93:88 om offentlig upphandling, sid. 52.

¹³ Som exempel kan nämnas att Kammarrätten i Göteborg (mål nr 662-04) har uttalat att det i den aktuella upphandlingen fick anses föreligga en brist i det att förfrågningsunderlaget saknade uppgifter som klargjorde hur stor betydelse kriterierna skulle tillmätas varandra, t.ex. genom angivande av maximal poäng för vardera kriterium och genom angivande av viktning. Endast den omständighet att kriterierna rangordnats kunde inte anses medföra förutsebarhet i tillräcklig grad för att kravet på affärsmässighet skulle vara uppfyllt i det avseendet.

¹⁴ RÅ 2002 ref 50

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, d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

Enligt NOU:s mening skall Regeringsrättens dom tolkas på så vis att en utvärderingsmodell, som inte utformats på bästa möjliga sätt, inte behöver leda till ett ingripande vid en överprövning enligt 7 kap. LOU. Som förutsättning gäller dock, att den upphandlande enhetens krav och utvärderingsmetod angivits på ett sätt som enligt Regeringsrätten är ”tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i underlaget skall kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.”¹⁵

Av handlingarna i ärendet framgår att Göteborg & Co tillämpat ett krav på ekonomisk stabilitet som *utvärderingskriterium*. Såsom angivits ovan tillåter inte LOU att den upphandlande enheten använder utvärderingskriterier som kvalificeringskrav. Ett utvärderingskriterium skall uteslutande ha anknytning till det som upphandlas. Krav på ekonomisk stabilitet hänför sig inte till det som upphandlas utan till leverantörens förmåga att leverera och hör till urvals-/kvalificeringsfasen i en upphandling. Göteborg & Co har således även i detta hänseende brutit mot de grundläggande principer som bär upp LOU.

NOU finner anledning att upplysa om att även om en upphandlande enhet använder godtagbar ekonomisk stabilitet såsom ett kvalificeringskrav – vilket det rätteligen är avsett att vara – som skall bedömas utifrån UC's riskbedömning, måste följande beaktas.

Frågan har varit föremål för prövning i RÅ 2005 ref. 47.¹⁶ I målet hade en leverantör uteslutits vid kvalificeringen, då den upphandlande enheten på eget initiativ inhämtat kreditomdöme från UC. Regeringsrätten anförde bl.a. följande.

” Av 6 kap. 9 § LOU framgår att en upphandlande enhet har rätt att ställa krav på en leverantör i fråga om dennes ekonomiska förhållanden. Av paragrafen följer vidare att den upphandlande enheten kan välja att inhämta upplysningar i dessa hänseenden antingen från leverantören eller på annat sätt. Kommunen har därför haft rätt att inhämta upplysningar om bolaget från UC.

¹⁵ I de nya EG-direktiven, som alltså endast gäller *över* tröskelvärdena, skärps kraven på att ange utvärderingskriteriernas relativa inbördes betydelse. Om den upphandlande enheten avser att tilldela kontrakt till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall det i förfrågningsunderlaget anges hur de olika kriterierna kommer att viktas. Endast i de fall viktning inte är möjlig, får den upphandlande enheten avstå från detta. I de fallen skall kriterierna istället rangordnas. Motsvarande bestämmelse föreslås att införas i LOU (se SOU 2005:22, Nya upphandlingsregler). Två länsrätter har bedömt att direktiven i detta avseende har direkt effekt sedan tiden för införlivande i svensk rätt utgått den 31 januari 2006. Detta är även NOU:s uppfattning i NOU Info december -06. (Läs mer om viktning och om de nya direktiven i NOU:s ärende med dnr 2004/0024-26).

¹⁶ Se även Kammarrättens i Jönköping dom den 27 mars 2007 i mål nr 60-07

Nästa fråga är om kommunen haft rätt att utesluta bolaget på grundval av enbart UC:s kreditomdöme. Bestämmelserna i 6 kap. 9 § LOU bygger på att de upphandlande enheterna gör en bedömning av varje leverantör i de nu aktuella hänseendena. Ett exempel på detta är paragrafens första stycke, varav följer att omständigheterna som – typiskt sett – är ägnade att inge allvarliga farhågor avseendeleverantörens förmåga att fullfölja ett kontrakt likväl inte utgör generella uteslutningsgrunder. Betydelsen av att en individuell bedömning görs betonas också förarbetena (prop. 1993/94:78 s. 28) när det gäller synen på t.ex. en restförd skatteskuld: ”Om skatteskulden beror på särskilda tillfälliga förhållanden eller om en avbetalningsplan sköts på ett korrekt sätt kan det finnas skäl för en annan bedömning än om det kan antas att skulden uppkommit på grund av direkt misskötsel eller tecken på en allmänt svag ekonomi i företaget.”

Av skälen för tilldelningsbeslutet framgår att kommunen inte har gjort någon individuell bedömning av bolaget, utan grundat sitt ställningstagande på vad som framstår som ett inom kommunen generellt tillämpligt beslut att från upphandling utesluta dem som UC klassificerat på visst vis. Detta förfaringsätt har i sin tur fått till följd att bolaget inte har haft möjlighet att med egen utredning bemöta de upplysningar som kommunen inhämtat och det kreditomdöme UC lämnat (se också Hentze/Sylvén, Offentlig upphandling, Lagbokscommentaren 1998 s. 329). Kommunen har därmed inte haft tillräckligt underlag för att göra en sådan individuell bedömning som krävs.”

NOU vill med detta upplysa om att en upphandlande enhet alltså inte endast kan godta kreditomdömen från exempelvis UC. Det måste alltid finnas en möjlighet för en leverantör att visa sin kreditvärdighet på annat sätt för att principerna som bär upp LOU inte skall trädas förnär.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 13 juni 2007 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, chefsjuristen Hans Ekman, teknologie doktor Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingsansvariga Lisbeth Johnson, verkställande direktören Anna Lefevre Skjöldebrand och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze efter föredragning av jur. kand. Ann Fryksdahl. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Ann Fryksdahl

För kännedom:
Edita Sverige AB
Stadsrevisionen Göteborgs stad