

Vattenfall Eldistribution AB
162 87 STOCKHOLM

Vattenfalls tilldelningsbeslut i upphandlingen avseende "Anbud Styrning Belysning – 06"

Nämnden för offentlig upphandling (NOU), som utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), mottog den 19 april 2006 ett klagomål från Vägverket Produktion avseende tilldelningsbeslutets utformning i rubricerad upphandling. NOU, som har tagit upp ärendet till granskning, får anföra följande.

BEDÖMNING

NOU bedömer att Vattenfall Eldistribution AB, endast på den grunden att tilldelningsbeslutet daterat den 24 augusti 2006 i rubricerad upphandling inte tillställts samtliga anbudsgivare, inte uppfyllt den upplysningsskyldighet som följer av 1 kap. 28 § första stycket LOU.

NOU noterar härutöver brister rörande upphandlingens utvärderingsmodell, som dock inte haft betydelse i till NOU ifrågasatta avseenden.

SKÄL

1. Omständigheter i sak

- 1.1. Vattenfall Eldistribution AB (Vattenfall) bedriver nätverksamhet och är enligt 4 kap. LOU en upphandlande enhet inom försörjningssektorerna. Bolaget omfattas inte av offentlighetsprincipen och är inte skyldigt att lämna några handlingar med stöd av denna princip. Vattenfall genomförde i början av 2006 en upphandling avseende "Anbud Styrning Belysning – 06" enligt reglerna för förenklade upphandlingar i 6 kap. LOU. Tre anbud kom in. En av anbudsgivarna var Vägverket Produktion. I en skrivelse rubricerad

”meddelande om tilldelningsbeslut” daterad den 30 mars 2006 tilldelade Vattenfall kontraktet till en av de tre anbudsgivarna.

- 1.2. Vägverket Produktion har i sitt klagomål till NOU gjort gällande att tilldelningsbeslutet inte var så tydligt utformat att en bedömning kunde göras huruvida utvärderingen var korrekt. Vägverket Produktion hade inte heller kunnat ta del av något underlag för utvärderingen, eftersom Vattenfall inte omfattas av offentlighetsprincipen. Till stöd för sitt klagomål har Vägverket Produktion ingett och åberopat förfrågningsunderlag och tilldelningsbeslut daterat den 30 mars 2006.
- 1.3. Vattenfall har i ett yttrande över klagomålet anfört att bolaget inte ifrågasätter Vägverket Produktions påstående att tilldelningsbeslutet daterat den 30 mars 2006 var alltför kortfattat. Vattenfall har därför den 24 augusti 2006 skickat ett nytt tilldelningsbeslut till Vägverket Produktion med ett ”avidentifierat” utvärderingsprotokoll. Vattenfall har ingett och åberopat dessa handlingar.
- 1.4. På begäran av NOU har Vattenfall därefter förtydligat att det nya tilldelningsbeslutet daterat den 24 augusti 2006 endast skickades till Vägverket Produktion. Den tredje anbudsgivaren erhöll alltså bara det tidigare tilldelningsbeslutet daterat den 30 mars 2006.

2. Rättsläget rörande tilldelningsbeslut m.m.

- 2.1. EG-domstolen har i den s.k. Alcatel-domen¹ 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.
- 2.2. 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.
- 2.3. Det är den upphandlande enheten som väljer innehåll och utformning avseende informationen. Regeringen anför bl.a. följande i prop. 2001/02:142 s. 61 avseende tilldelningsbeslutets innehåll:

¹ Mål C-81/98, Alcatel Austria AG m.fl., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr.

”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.”

2.4. 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.”

- 2.5. Enligt Kammarrättens i Jönköping dom den 27 mars 2007 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).
- 2.6. Frågeställningar rörande utvärderingsmodellernas utformning har prövats av Regeringsrätten i RÅ 2002 ref. 50. Regeringsrätten uttalade, 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 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. Vidare har NOU den 17 oktober 2005 i ärende 2004/0024-26 lämnat principiella uttalanden rörande modeller för utvärdering av anbud vid offentlig upphandling.

3. Bedömning

- 3.1. Vilka krav som ställs på de upplysningar som skall lämnas i tilldelningsbeslut har ännu inte fullt ut klarlagts i rättspraxis. NOU:s uppfattning är emellertid 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, i den mån hinder inte möter av sekretessskäl. Utgångspunkten är att den upphandlande enheten har bevisbördan för att enheten lämnat de föreskrivna upplysningarna.
- 3.2. Betydelsen av att tilldelningsbeslutet innehåller tillräckliga upplysningar blir tydlig när den upphandlande enheten – så som är fallet med Vattenfall – inte omfattas av offentlighetsprincipen. Anbudsgivarna har ju i dessa fall inte någon rätt att själva söka information genom att begära ut utvärderingsprotokoll, anbud och andra handlingar som rör upphandlingen. Endast genom en domstols editionsföreläggande kan ytterligare uppgifter utverkas. Några andra krav på innehållet i de tilldelningsbeslut som meddelas av upphandlande enheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen kan dock rimligen inte ställas. De upphandlande enheter som omfattas av nämnda offentlighetsprincip kan nämligen knappast läka ett otillräckligt motiverat tilldelningsbeslut med hänvisning till att anbudsgivare har rätt att begära ut offentliga handlingar i upphandlingen. Oavsett om enheten omfattas av offentlighetsprincipen eller inte får således utgångspunkten för bedömningen enligt NOU:s uppfattning anses vara huruvida tilldelningsbeslutet innehåller tillräckliga upplysningar enligt LOU.
- 3.3. Av Vattenfalls förfrågningsunderlag i den aktuella upphandlingen framgår bl.a. att bolaget skulle anta att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till följande parametrar:

Parameter	Värdering	Vikt
Uppfyllnad av kravspecifikation	1-5 gradig skala där 3 är godkänt och ger 50%	15
Anbudssumma	Nollställd anbudssumma (lägsta/eget)	60
Miljö och kvalitet	ISO certifiering 100%, Eget system 50%, avsaknad 0%	5
Driftkostnad	Nollställd driftkostnad	20
	Summa	100

- 3.4. NOU noterar i detta sammanhang att utvärderingsmodellen har vissa brister. När det gäller parametern Uppfyllnad av kravspecifikationen innehåller kravspecifikationen enligt sin ordalydelse endast s.k. skall-krav, som typiskt sett måste vara uppfyllda och som följaktligen inte kan utvärderas. Beträffande parametern Miljö och kvalitet ger ISO certifieringen 100 % medan ett eget system endast ger 50 %. Eftersom certifieringen endast kan vara ett be-

vis om att efterfrågade egenskaper är uppfyllda, bör emellertid ett system som är likvärdigt med ISO certifieringen rätteligen inte värderas lägre.

3.5. I tilldelningsbeslut daterat den 30 mars 2007 anförde Vattenfall följande:

”Vi tackar för Ert anbud daterat 2006-02-17 angående rubricerad upphandling och meddelar samtidigt att anbudet inte har antagits. Vi avser att beställa av Remote Systems AB, som till ett något lägre pris än Ni erbjuder en lösning som uppfyller våra efterfrågade krav. Vi vill på detta sätt avge en kortfattad förklaring till varför vi denna gång inte valt Er som leverantör. Har Du frågor eller synpunkter är Du välkommen att kontakta undertecknad.”

3.6. Av skrivelsen framgår endast att den vinnande anbudsgivaren hade ett något lägre pris och uppfyllde efterfrågade krav. Informationen måste anses vara alltför intetsägande för att en anbudsgivare skall kunna bedöma hur utvärderingen skett och vilka överväganden som lett till det redovisade resultatet. Tilldelningsbeslutet daterat den 30 mars 2006 kan enligt NOU: s mening inte uppfylla de krav på upplysningar som ställs i 1 kap. 28 § första stycket LOU.

3.7. Vattenfall, som uppenbarligen delat denna bedömning, har tillställt Vägverket Produktion ett nytt tilldelningsbeslut daterat den 24 augusti 2006 och har därvid bifogat ett avidentifierat utvärderingsprotokoll. I detta utvärderingsprotokoll återges de ovan redovisade principerna för värderingen i förfrågningsunderlaget samt framgår följande:

	vikt	Anbud 1	Utfall	VV	Utfall	Remote	Utfall
1. Uppfyllnad av kravspecifikationen	15		15	5	15		15
2. Anbudssumma	60		38,5	2636	29		60
3. Miljö och kvalité	5		5	100%	5		0
4. Driftkostnad	20		14,7	1073,4	7,3		20
Summa	100		73,2		56		95

3.8. Det nya tilldelningsbeslutet följer den i förfrågningsunderlaget redovisade utvärderingsmodellen. Av tilldelningsbeslutet framgår hur många anbud som kom in och vilka utfall som dessa fått i respektive parameter. Utvärderingsparametrarna Anbudssumma, Miljö och kvalité samt Driftkostnad är förutsägbara och lämnar inget utrymme för skönmässiga bedömningar. Som tidigare nämnts kan i och för sig utvärderingsparametern Miljö och kvalité ifrågasättas i andra avseenden. När det gäller frågan om den information som skall lämnas i ett tilldelningsbeslut får emellertid värderingen av dessa utvärderingsparametrar anses vara så pass transparent utformade att någon ytterligare förklaring till utfallen inte borde vara nödvändig.

3.9. Beträffande parametern Uppfyllnad av kravspecifikation finns det däremot inte samma grad av förutsägbarhet. Utvärderingsgrunden är i denna del en femgradig skala där tre är godkänt och ger 50 %. Utformningen medför tvevelsutän ett visst mått av ungefärlig bedömning. När utvärderingsgrunden har denna utformning, ställer det enligt NOU: s mening typiskt sett högre

krav på att den upphandlande enheten i sitt tilldelningsbeslut noga redogör för vilka överväganden som lett till det redovisade resultatet. I den nu aktuella upphandlingen innehöll emellertid kravspecifikationen, som tidigare påtalats, enligt sin lydelse endast krav som måste vara uppfyllda och som inte kan utvärderas. Eftersom alla anbud erhöll högsta möjliga utfall har de uppenbarligen uppfyllt alla dessa krav i kravspecifikationen. De nu påtalade bristerna kan mot denna bakgrund inte anses vara av sådan art att det finns grund att dra slutsatsen att upplysningsskyldigheten enligt 1 kap. 28 § första stycket LOU inte skulle ha uppfyllts.

- 3.10. Vattenfall har i sitt tilldelningsbeslut valt att inte röja identiteten på den tredje anbudsgivaren. Någon ovillkorlig skyldighet att alltid uppge alla anbudsgivare i tilldelningsbeslutet kan inte anses finnas. I denna upphandling kan omständigheterna enligt NOU: s mening inte anses vara sådan art att utlämnandet av den tredje anbudsgivarens identitet medför att upplysningsskyldigheten inte har fullgjorts.
- 3.11. Tilldelningsbeslutet daterat den 24 augusti 2007 får mot bakgrund av det anförda i och för sig anses ha en acceptabel utformning, som inte strider mot 1 kap. 28 § första stycket LOU. Vattenfall har dock endast tillställt detta tilldelningsbeslut till Vägverket Produktion. Det förhållandet att alla anbudsgivare inte fått tilldelningsbeslutet daterat den 24 augusti 2006 medför att Vattenfall inte har fullgjort sin upplysningsskyldighet enligt nämnda lagrum.
- 3.12. Sammanfattningsvis gör NOU den bedömningen att Vattenfall, endast på den grunden att tilldelningsbeslutet daterat den 24 augusti 2006 inte tillställts samtliga anbudsgivare, inte uppfyllt den upplysningsskyldighet som följer av 1 kap. 28 § första stycket LOU. Konsekvensen av att ett tilldelningsbeslut inte uppfyller dessa krav är att tiodagarsfristen i 7 kap. 1 § tredje stycket inte har börjat löpa. Enligt NOU: s bedömning har i vart fall den tredje icke namngivne anbudsgivaren fortfarande möjlighet att få en begäran om överprövning materiellt prövad av länsrätt.
- 3.13. Vattenfall har uppgett att bolaget uppmärksammat de påtalade bristerna rörande tilldelningsbeslutens innehåll och numera tillställer anbudsgivarna utförliga tilldelningsbeslut. Uppgiften stöds av vad som framkommit i ärendet. Med hänsyn till det nu sagda saknas det även anledning att tro, att bolaget i sina framtida upphandlingar inte skulle beakta NOU: s påpekanden om de brister som funnits i den utvärderingsmodell som använts i denna upphandling. NOU finner därför att ärendet kan avslutas utan ytterligare tillsynsåtgärder.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 23 augusti 2007, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, teknologie doktor Börje Hed, förbundsjuristen Eva Sveman, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och verkställande direktören Anna Lefevre Skjöldebrand. Beslutet fattades i närvaro av NOU: s kanslichef Margareta Hentze efter föredragning av jur.kand. Anders Svenson. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Anders Svenson

Kopia till
Vägverket Produktion