

Andrea Sundstrand
08-454 48 50

Datum
2004-01-28

Vår beteckning
2004/0010-29
Er beteckning
Mål nr 3441-03

Kammarrätten i Sundsvall
Rotel 4
Box 714
851 21 SUNDSVALL

Yttrande i kammarrättens mål nr 3441-03

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har den 13 januari 2004 mottagit en begäran om yttrande från Kammarrätten i Sundsvall avseende rubricerat mål. Kammarrätten har angivit följande frågor som den önskar att NOU framför allt uttalar sig om: Föreligger en ovillkorlig skyldighet att förhandla vid förhandlad upphandling? Om sådan förhandlingskyldighet föreligger, i vilken form kan förhandling ske?

Ärendet

Av den av kammarrätten bilagda akten framgår att Banverket under 2003 genomfört en upphandling av ett system för utökad radiotäckning för GSM-R och räddningstjänsten. I upphandlingen, vilken genomfördes som en förhandlad upphandling enligt 4 kap. LOU, kvalificerades två anbudssökanden, Allgons Systems AB och Avitec AB. Banverket antog Avitec AB som leverantör.

Allgons System AB ansökte om överprövning av Banverkets beslut om leverantör hos länsrätten, bl.a. på den grunden att Banverket inte genomfört någon förhandling med någon av de två utvalda anbudsgivarna, trots att förhandlad upphandling använts som upphandlingsform. Länsrätten biföll i dom den 1 december 2003 ansökan, undanröjde Banverkets tilldelningsbeslut och förordnade att Banverket skulle uppta förhandlingar med båda anbudsgivarna och först därefter fatta ett nytt tilldelningsbeslut.

Banverket överklagade länsrättens dom till kammarrätten, vilken nu begärt yttrande från NOU.

NOU:s bedömning

NOU, vilken inte har möjlighet att uttala sig över bevisfrågor, kommer i sitt yttrande att begränsa sig till att endast yttra sig över de aspekter av de ställda frågorna som har relevans i det aktuella målet.

Föreligger en ovillkorlig skyldighet att förhandla vid förhandlad upphandling?

Svaret på den första frågan återfinns inte uttryckligen i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

I 1 kap. 5 § LOU anges som definition av förhandlad upphandling att det är en upphandling där en upphandlande enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och tar upp förhandling med en eller flera av dem. Definitionen är en implementering av definitionen av förhandlad upphandling i artikel 1 p. 7 c) i direktiv 93/38/EEG (försörjningsdirektivet)¹. Inte heller av direktivet framgår det dock huruvida den upphandlande enheten vid förhandlad upphandling har en skyldighet att förhandla.

För att finna svaret har NOU beaktat beskrivningen av förhandlad upphandling i EG-kommissionen icke-officiella guide till gemenskapsreglerna avseende offentlig upphandling inom försörjningssektorerna (bifogas). Beskrivningen lyder enligt följande:

”Contracting entities have a free choice between three types of contract award procedure:

“-----”

”1.3 The negotiated procedure, in which the contracting entity consults suppliers or contractors of its choice and negotiates the terms of the contract with one or more of them.

Only the negotiated procedure allows the contracting entity to discuss the conditions of tenders, e.g. prices, or to amend them, provided that it complies with the principle of treatment of tenderers.”

EG:s allmänna rättsprinciper om icke-diskriminering, likabehandling, ömsesidigt erkännande, transparens och proportionalitet gäller vid all offentlig upphandling, och anses innefattas i bestämmelsen i 1 kap. 4 § LOU². Alla beslut som en upphandlande enhet tar i en offentlig upphandling ska följa dessa principer. NOU anser att ett beslut som påverkar alla leverantörer lika, inte kan anses vara diskriminerande.

I definitionen i 1 kap. 5 § LOU regleras inte hur den upphandlande enheten ska välja vilka delar av en upphandling som kommer att bli föremål för förhandling. När en upphandlande enhet väljer upphandlingsform, vet den i normalfallet inte hur de senare inkomna anbuden kommer att vara utformade. En anbudsgivare kan därför, när han utformar sitt anbud, inte räkna med att vissa frågor kommer att bli föremål för förhandling. Tvärtom kan det bli så att han är bland de anbudsgivare som den upphandlande enheten väljer att inte alls förhandla med.

¹ Definitionen i 1 kap. 5 § LOU implementerar även definitionen av förhandlad upphandling i direktiven 93/36/EEG, 93/37/EEG och 92/50/EEG.

² Se propositionen Ändringar i Lagen om offentlig upphandling m.m. (prop. 2001/02:142) sid. 38 ff.

I det fall ett anbud uppfyller alla ställda skalkrav och har lägst pris alternativt framstår som det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, anser NOU att LOU inte ålägger den upphandlande enheten att förhandla med den aktuella anbudsgivaren och eventuellt även med andra anbudsgivare i upphandlingen. Enligt NOU:s uppfattning föreligger inte någon möjlighet för en anbudsgivare eller anbudssökande att få beslutet i sig att inte företa förhandling överprövat, jfr rättigheten för en upphandlande enhet att välja att begära kompletteringar m.m. enligt 1 kap. 21 § LOU, se nedan. NOU vill här hänvisa till EG-domstolens dom i mål C-214/00 Europeiska gemenskaperna kommission mot Konungariket Spanien, särskilt p. 62-81.

Det är dock den upphandlande enheten som skall visa att beslutet att anta en viss anbudsgivare fattats i enlighet med de i förfrågningsunderlaget uppställda kriterierna och kraven och att beslutet inte strider mot 1 kap. 4 LOU.

Den slutsats NOU drar är att en upphandlande enhet inom försörjningssektorerna har en rätt, inte en skyldighet, att förhandla med en eller flera anbudsgivare i en förhandlad upphandling.

Om sådan förhandlingskyldighet föreligger, i vilken form kan förhandling ske?

NOU, vilken svarat nekande på den första frågan, önskar ändå kommentera den andra frågan från kammarrätten.

I en offentlig upphandling kan det förekomma att vissa anbud innehåller felräkningar, felskrivningar eller andra uppenbara fel. Anbud kan även vara otydliga på vissa punkter och innehålla uppgifter som kan behöva kompletteras. För sådana situationer finns möjligheten i 1 kap. 21 § LOU för den upphandlande enheten att låta anbudsgivarna rätta, förtydliga eller komplettera redan ingivna uppgifter, under förutsättning att det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning, jmf NOU:s yttrande i NOU info juni-03:

”NOU informerade i *NOU info dec-02* om Länsrättens i Gävleborgs län dom i mål nr 1693-02 i vilken länsrätten prövade upphandlande enheters skyldighet att enligt 6 kap. 8 § andra stycket LOU begära att ett anbud eller en ansökan förtydligas eller kompletteras. Domen har vunnit laga kraft. NOU kommenterade domen och uppgav att det, enligt regeln om komplettering i 6 kap. 8 § andra stycket LOU är upp till respektive upphandlande enhet att i varje upphandling bedöma huruvida komplettering skall få göras eller om leverantörer, som inte lämnat in efterfrågade dokument skall uteslutas från upphandlingen.

Det har kommit till NOU:s kännedom att kommentaren utnyttjas av upphandlande enheter för att undgå att behöva inhämta komplettering från samtliga leverantörer som deltar i en upphandling. NOU vill därför förtydliga kommentaren och påpeka att en upphandlande enhet förvisso har

ett fritt val huruvida de medger kompletteringar eller inte i en upphandling, men att om sådana kompletteringar medges, skall samtliga deltagande leverantörer behandlas lika.”

Möjligheten för den upphandlande enheten att begära rättelser, förtydliganden och/eller kompletteringar av en anbudsgivare i 1 kap. 21 § LOU, innebär inte en skyldighet för den upphandlande enheten att på begäran av en anbudsgivare tillåta sådana.

Möjligheten för den upphandlande enheten att begära förtydliganden och/eller kompletteringar i 1 kap. 21 § LOU omfattar inte den situationen att den upphandlande enhetens förfrågningsunderlag är otydligt och att enheten därför behöver begära in nya eller förändrade uppgifter från anbudsgivarna. LOU förutsätter att en upphandlande enhet, som upptäcker att dess förfrågningsunderlag väsentligen behöver förändras, avbryter den pågående upphandlingen och påbörjar en ny upphandling, se bl.a. EG-domstolens dom i mål C-337/98 Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Frankrike.

Att en upphandlande enhet begär in helt nya uppgifter från anbudsgivarna, vilka inte är kompletteringar eller förtydliganden enligt ovan, innebär att en förhandlingssituation uppkommer. Vad gäller frågan i vilken form en förhandling kan ske, när den upphandlande enheten beslutat att en sådan ska genomföras, hänvisar NOU till sitt yttrande i ärendet ”Påstått otillbörligt gynnande av Skanska Mellansverige AB vid Banverkets upphandling MB7/97, markarbeten”, dnr 227/97-26. Yttrandet återfinns i kammarrättens akt i det pågående målet.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 28 januari 2004, i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, sektionschefen Hans Ekman, teknologie doktor Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur.kand. Andrea Sundstrand. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Andrea Sundstrand

Bilaga 1 – Guide to the Community Rules on Public Procurement