

Professor Tom Madell
Rönnbärsstigen 25B
903 46 Umeå

Jur. dr Tobias Indén
Fridhemsvägen 1
903 37 Umeå

Yttrande på uppdrag av Mannheimer Swartling rörande vissa upphandlingsfrågor mot bakgrund av BAE Systems Hägglunds AB ansökan om överprövning av Försvarets Materielverks upphandling av AWV 2014

Sammanfattning

Med anledning av BAE Systems Hägglunds AB:s ansökan om överprövning rörande Försvarets Materielverks upphandling av Armoured Wheeled Vehicles 2014 har flera upphandlingsrättsliga frågor aktualiserats.

I föreliggande yttrande konstateras att det torde kunna ställas krav på Försvarets Materielverk i egenskap av upphandlande myndighet att vid de förhandlingar som förevarit dels utgå från en på förhand fastställd dagordning, dels föra protokoll över vad som diskuteras i samband med förhandlingarna – allt för att kunna uppfylla de krav på likabehandling och transparens som följer av 1 kap. 9 § lag (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).

Det är med stor sannolikhet inte heller förenligt med 1 kap. 9 § LOU att förändra förutsättningarna på så sätt som kännetecknar den aktuella upphandlingen. Om en upphandlande myndighet finner att den måste göra väsentliga förändringar av upphandlingen – exempelvis genom att förändra eller tillföra skall-krav eller förändra hur anbudena ska utvärderas – ankommer det på den upphandlande myndigheten att avbryta upphandlingen och göra om den samma.

Därtill konstateras i yttrandet att den utvärderingsmodell som den upphandlande myndigheten använt sig av knappast uppfyller de krav på transparens och likabehandling som följer av 1 kap. 9 § LOU.

Uppdraget

Försvarets Materielverk (FMV) offentliggjorde den 30 oktober 2008 en upphandling avseende Armoured Wheeled Vehicles (AWV), bepansrade hjulfordon. Tilldelningsbeslut meddelades den 25 juni 2009, varvid Patria Land & Armament Oy (Patria) utsågs som vinnande anbudsgivare. BAE Systems Hägglunds Aktiebolag (Hägglunds) placerade sig tvåa i upphandlingen.

Då Hägglunds anser att FMV inte i alla avseenden genomfört den aktuella upphandlingen i överensstämmelse med upphandlingsbestämmelserna, gavs vi i uppdrag av Mannheimer

Swartling advokatbyrå i dess egenskap av ombud för HäggLunds, att yttra oss över ett antal rättsfrågor som aktualiseras i den pågående överprövningsprocessen vid Länsrätten i Stockholms län. De frågor vi fått i uppdrag att yttra oss över är:

1. Är det förenligt med de upphandlingsrättsliga principerna och 1 kap. 9 § LOU att FMV vid de förhandlingar som förts med olika anbudsgivare inom ramen för det förenklade förfarandet i denna tekniskt komplicerade och omfattande upphandling, där förhandlingarna omfattat väldigt många frågor, inte följt en på förhand fastställd dagordning?
2. Är det förenligt med de upphandlingsrättsliga principerna och 1 kap. 9 § LOU att FMV vid de ovannämnda förhandlingarna inte fört protokoll över vad som diskuterats vid förhandlingarna med de olika anbudsgivarna?
3. Är det förenligt med de upphandlingsrättsliga principerna och 1 kap. 9 § LOU att FMV vid de ovannämnda förhandlingarna tillfört förutsättningar för utvärderingen av anbuderna, som inte framgår av förfrågningsunderlaget?
4. Är det enligt gällande upphandlingslagstiftning möjligt att, dels före anbudsgivning, dels efter anbudsgivning höja, sänka, eller på annat sätt justera, skall-krav?
5. Uppfyller den utvärderingsmodell som FMV använt sig av i upphandlingen de krav på tydlighet, förutsebarhet och likabehandling som följer av de upphandlingsrättsliga principerna och 1 kap. 9 § LOU?

Inledningsvis redogörs mycket kort för de allmänna EG-rättsliga principer som är av störst relevans i sammanhanget. Därefter redogörs i avsnitt 2.1 summariskt för hur förhandlingar i samband med offentliga upphandlingar förhåller sig till de allmänna principer som ges uttryck för i 1 kap. 9 § LOU. I avsnitt 2.2, 2.3 och 2.4 behandlas de fyra första rättsfrågor som ingår i uppdraget, dvs. frågor rörande förhandlingar och vilka möjligheter en upphandlande myndighet har att förändra skall-krav under upphandlingen. Avslutningsvis utreds i kapitel 3 huruvida den utvärderingsmodell som använts av FMV i den aktuella upphandlingen av AWW står i överensstämmelse med de krav som följer av 1 kap. 9 § LOU.

1 Inledning

Sedan Sveriges anslutning till EU är svenska upphandlande myndigheter inte endast skyldiga att iaktta de bestämmelser som följer av den nationella upphandlingslagstiftningen, främst lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, de måste också beakta bl.a. de allmänna EG-rättsliga principer som ges uttryck för i Gemenskapsfördraget (EG).

De allmänna EG-rättsliga principerna – såsom principerna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens och proportionalitet – ska inte bara iakttas i samband med att upphandlande myndigheter genomför upphandlingar som omfattas av de gemenskapsrättsliga upphandlingsdirektivens tillämpningsområde,¹ de ska beaktas i alla situationer en upphandlande myndighet har för avsikt att anskaffa något s.k. *ex house* – dvs. då den upphandlande myndigheten vänder sig till marknaden för att få ett behov tillgodosett.²

I och med att de allmänna principerna långt ifrån är lika detaljerade som bestämmelserna i direktiven råder det däremot viss osäkerhet ifråga om hur de aktuella principerna ska tillämpas vid upphandlingar som inte omfattas av direktiven.

Den i sammanhanget vanligaste frågan som EG-domstolen varit tvingad att ta ställning till är vilka krav de aktuella principerna egentligen ställer på upphandlande myndigheter. I mål C-324/98, *Telaustria*, slog domstolen fast att upphandlande myndigheter även då de agerade utanför upphandlingsdirektivens område, var tvungna att iaktta de allmänna EG-rättsliga principerna, särskilt förbudet mot diskriminering pga. nationalitet.³ I mål C-275/98, *Unitron*, uttalade EG-domstolen att upphandlande myndigheter måste försäkra sig om att förbud mot diskriminering iakttas. Enligt EG-domstolen måste således en upphandlande myndighet förvissa sig om att upphandlingsförfarandet kännetecknas av ett lämpligt mått av insyn till fördel för alla potentiella anbudsgivare.

En av de viktigaste gemenskapsrättsliga principerna är principen om icke-diskriminering, vilken följer av artikel 12 EG. Principen är också utgångspunkten för fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital. De aktuella bestämmelserna är förpliktigande för alla medlemsstater och alla offentliga organ i medlemsstaterna – varför även FMV har att iaktta de aktuella bestämmelserna.

En annan i sammanhanget relevant gemenskapsrättslig princip är proportionalitetsprincipen. Upphandlande myndigheter har att beakta proportionalitetsprincipen i samband med att den avgör hur en upphandling ska utformas; inte minst i situationer där den aktuella upphandlingen faller utanför de gemenskapsrättsliga upphandlingsdirektivens tillämpningsområde. En upphandlande myndighet är därför skyldig att utforma

¹ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) och Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (upphandlingsdirektivet).

² Se t.ex. mål C-324/98, *Telaustria*, mål C-231/03, *Coname* och mål C-458/03, *Parking Brixen*.

³ Se också de förenade målen C-147/06 och C-148/06, *SECAP* och *Santorso* m.fl.

upphandlingsprocessen på så sätt att processen ger möjlighet till att upprätthålla och kontrollera konkurrensen i samband med eventuella förhandlingar.

Principerna om likabehandling, insyn och ömsesidigt erkännande syftar till att säkra att konkurrensförhållandena upprätthålls och att den upphandlande myndigheten inte begränsar företags möjligheter att på lika villkor komma i beaktande som leverantörer i samband med offentliga upphandlingar, medan proportionalitetsprincipen också skyddar den upphandlande myndigheten från att behöva tillämpa en upphandlingsprocedur som ställer allt för långtgående krav på den samma.

Att de allmänna EG-rättsliga principerna ska iakttas då en svensk upphandlande myndighet genomför en upphandling som inte omfattas av upphandlingsdirektiven följer dessutom av bestämmelserna i 15 kap. LOU. Av 15 kap. 2 § LOU framgår dessutom att upphandlingar som faller utanför direktivets tillämpningsområde ska genomföras i enlighet med de bestämmelser som följer av 1 kap. 9 § LOU. Bestämmelserna i 15 kap. LOU är utformade för att motsvara de regler som gäller för upphandlingar över tröskelvärdena,⁴ samtidigt som de svenska regler som är normerande för upphandlingar över tröskelvärden ska motsvara direktivens bestämmelser.⁵ Följaktligen är såväl de bestämmelser som återfinns i upphandlingsdirektivet som de allmänna EG-rättsliga principerna av stor relevans för den nu aktuella upphandlingen.

⁴ Se t.ex. SOU 2006:22, s. 235.

⁵ Se t.ex. SOU 2005:22, s. 177.

2 Förhandlingar och ändrade förutsättningar

2.1 Allmänt om förhandlingar vid offentlig upphandling

Endast det faktum att det av 2 kap. 24 § LOU framgår att en upphandlande myndighet som ett led i användningen av det förenklade upphandlingsförfarandet kan välja att förhandla med en eller flera anbudsgivare innebär inte att myndigheten kan bortse från de krav som följer av 1 kap. 9 § LOU. Även om förhandlingar får genomföras enligt 15 kap. LOU måste de således uppfylla de grundläggande kraven i 1 kap. 9 § – vilka ska anses motsvara de krav som följer av artikel 2 i upphandlingsdirektivet.

Även om de allmänna gemenskapsrättsliga principer som ges uttryck för i upphandlingsdirektivets artikel 2 i princip innebär att en upphandlande myndighet inte kan förhandla med potentiella leverantörer torde det ändå finnas ett visst, om än begränsat utrymme, för sådana åtgärder utan att kravet på likabehandling och transparens sätts ut sidan.

Att i en upphandlingssituation tala om förhandlingar kan däremot vara något tveksamt; inte minst om hänsyn inte tas till skillnaderna mellan förhandlingsbegreppet i en upphandlingssituation jämfört med vad som vanligtvis menas med en förhandling. Begreppet förhandling kräver således en förklaring.

En förhandling i dess vanliga betydelse har till syfte att förena två eller fler parter synpunkter och hållning på så sätt att man finner en för alla parter tillfredsställande lösning. Till skillnad från vanliga förhandlingar där fokus riktas mot förhållandet mellan de inblandade parterna fokuserar det upphandlingsrättsliga förhandlingsbegreppet i större utsträckning på förhållandet till tredje man – inte minst ifråga om hur de aktuella förhandlingarna påverkar tredje mans möjlighet att konkurrera på likvärdiga villkor. Även förhållandet mellan förhandlingsparterna är viktigt i en upphandlingssituation; men endast om förhandlingarna rör otillåtna delar av upphandlingen.

Dessutom kan det upphandlingsrättsliga förhandlingsbegreppet betraktas ur en avtalsrättslig synvinkel. Vanligtvis ingås avtal mellan två parter genom att den ena parten lämnar ett anbud som sedan motparten accepterar eller förkastar. Med begreppet förkasta avses inte endast den situationen att motparten helt väljer att inte ingå något avtal utan också den situationen att förhandlingar inleds för att i ett senare skede ingå ett avtal. Från det att det första anbudet lämnas tills dess att ett avtal verkligen ingås kan det således ha förekommit en eller flera förhandlingar mellan parterna i vad som kan betecknas som en förhandlingsfas. Någon sådan förhandlingsfas finns det däremot inte utrymme för i samband med en offentlig upphandling om det inte rör sig ett upphandlingsförfarande som inbegriper förhandling. Om ett anbud inte uppfyller de krav som följer av förfrågningsunderlaget, eller om anbudet är behäftat med förbehåll, kan några förhandlingar mellan parterna i syfte åstadkomma ändringar i anbudet inte heller accepteras.⁶

⁶ Jfr C-243/89, Kommissionen mot Danmark.

Bestämmelsen i 1 kap. 9 § LOU stadgar bl.a. att upphandlande myndigheter ska behandla alla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Bestämmelsen ger således uttryck bl.a. för den likabehandlingsprincip som också återfinns i artikel 2 i upphandlingsdirektivet. Likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU kan dels användas som tolkningsunderlag i samband med tillämpningen av andra bestämmelser i LOU, dels som utfyllnad då lagstöd saknas.

Som angetts ovan torde det råda stora skillnader mellan begreppet förhandling i dess vanliga form jämfört med då begreppet används i samband med en offentlig upphandling. Även om både upphandlingsdirektivet och LOU i vissa situationer anger att förhandlingar är tillåtna rör det sig inte om förhandlingar i dess vanliga form. Artikel 2 i upphandlingsdirektivet, och därmed också 1 kap. 9 § LOU, ger därför uttryck för vad som betecknats som ett förhandlingsförbud.⁷ Att bestämmelsen ger uttryck för ett förhandlingsförbud kan motiveras med att det är i det närmaste omöjligt att kontrollera att konkurrensvillkoren inte påverkas om en upphandlingsprocess inte präglas av öppenhet – vilket knappast kännetecknar vanliga förhandlingar.

Det finns skäl att anta att förbudet mot att genomföra förhandlingar är tillämpligt i alla situationer sådana riskerar påverka konkurrensvillkoren. Således torde förbudet mot att genomföra förhandlingar aktualiseras så fort det inte med säkerhet går att fastställa att förhandlingarna påverkar konkurrenssituationen.

Hur likabehandlingsprincipen ska tolkas ifråga om förhandlingar i upphandlingssituationer är dock inte helt klarlagt. Viss ledning ges emellertid i Rådets och kommissionens meddelande rörande tillämpningen av artikel 7 i Rådets direktiv 93/37/EG.⁸ Det kan däremot konstateras att inte endast förhandlingens innehåll utan också dess form är avgörande för om den är tillåten eller inte i en upphandlingssituation.

Utgångspunkten ifråga om innehållet i eventuella förhandlingar är att sådana inte får avse grundläggande delar av en upphandling. Om en förhandling resulterar i en förändring som är av grundläggande betydelse för anbudet medför det således att den upphandlande myndigheten brutit mot regleringen i artikel 2 i upphandlingsdirektivet.

Någon tydlig definition av begreppet *grundläggande del* finns inte – men en utgångspunkt kan vara att det rör sig om en grundläggande del om den aktuella delen inte kan skiljas från den ifrågavarande uppgiften utan att uppgiften väsentligen förändras eller omöjliggörs. Om en del av ett anbud är av betydelse för den ekonomiska värderingen av anbudet, vilken i sin tur avgör hur konkurrenskraftigt anbudet är, talar det för att den aktuella omständigheten utgör en grundläggande del av anbudet. Både omständigheter som sammanhänganger med tilldelningskriterierna och kontraktsvillkoren torde anses utgöra grundläggande delar av anbudet.⁹

⁷ Se t.ex. Steinicke & Groesmeyer, EU's Udbudsdirektiver, 2008, s. 354 ff.

⁸ Statement concerning Article 7 (4) of Council Directive 93/37/EEC of 14 June 1993 concerning the coordination of procedures for the award of public works contracts, EGT L 111, 30/04/1994, s. 114.

⁹ Se Steinicke & Groesmeyer, EU's Udbudsdirektiver, 2008, s. 364.

I sammanhanget ska däremot poängteras att förhandlingsförbudet som det kommer till uttryck i artikel 2 i upphandlingsdirektivet, och därmed även i 1 kap. 9 § LOU, inte hindrar att en upphandlande myndighet från att kräva att en leverantör preciserar ett anbud om det kan göras utan att det ger upphov till att likabehandlingsprincipen överträds. Sådana kontakter mellan upphandlande myndigheter och leverantörer är inte att betrakta som förhandlingar i och med att någon ändring av den redan lämnade informationen inte kommer till stånd; utan endast att den informationen konkretiseras.

I de situationer förhandlingar är tillåtna, på så sätt att innehållet inte riskerar skapa situationer där likabehandlingsprincipen sätts åt sidan, måste förhandlingarna bedrivas på ett korrekt sätt. Hur sådana förhandlingar som i vissa situationer är tillåtna ska genomföras är däremot inte reglerat i vare sig LOU eller upphandlingsdirektivet. En utgångspunkt är dock att eventuella förhandlingar måste organiseras på ett sätt som medför att de krav som följer av främst principerna om likabehandling och transparens tillgodoses.

Det finns däremot fog för att utgå ifrån att de krav som följer av likabehandlingsprincipen inbegriper att en upphandlande myndighet som har för avsikt att förhandla med en eller flera leverantörer ska lämna skiftlig information till dessa angående hur förhandlingen ska genomföras. Även om kravet i sig inte medför att den upphandlande myndigheten agerar i överensstämmelse med likabehandlingsprincipen kan det anses utgöra ett minimikrav som måste uppfyllas. Därtill torde den upphandlande myndigheten vara tvingad att ge leverantörer möjlighet att göra samma ändringar i sina anbud.¹⁰

I en situation där en upphandlande myndighet vid en förhandling uppmanar en enskild leverantör att förändra sitt anbud eller lämnar viss information som påverkar möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud till en leverantör men inte till andra är utgångspunkten att den upphandlande myndigheten inte agerat i överensstämmelse med kravet på likabehandling.¹¹ Också i en situation där en upphandlande myndighet uppmanar samtliga leverantörer att justera sina anbud, men att förutsättningarna för dessa justeringar skiljer sig åt på så sätt att leverantörerna ges olika information, har den upphandlande myndigheten brutit mot kravet på likabehandling.

Ett ytterligare krav vid förhandlingar i samband med offentliga upphandlingar är att leverantörerna inte får spelas ut mot varandra.¹²

I Kammarrättens i Sundsvall dom av den 27 april 2004, mål nr 3441-03, hade Banverket genomfört en förhandlad upphandling av ett system för utökad radiotäckning. Två bolag kvalificerade sig för utvärdering, men anbuden ansågs vara sådana att det saknades skäl till förhandlingar, varför det ena bolaget tilldelades kontraktet utan föregående förhandling. Sökanden menade att förfrågningsunderlaget varit oprecist och otydligt, vilket lett till bristfälliga anbud samt att Banverket skulle ha fullföljt den valda upphandlingsformen. Länsrätten ansåg att Banverket hade bytt upphandlingsform under pågående förhandling, vilket inte är förenligt med kraven på likabehandling och förutsebarhet. Rätten menade att

¹⁰ Se Generaladvokatens förslag i mål C-87/94, kommissionen mot Belgien, p. 63.

¹¹ Jfr Kammarrättens i Stockholm dom av den 17 oktober 2008, mål nr 5042-08.

¹² Se Steinicke & Groesmeier, EU's Udbudsdirektiver, 2008, s. 379.

Banverket först efter förhandlingar skulle ha kunnat ta ställning till vilket anbud som var mest fördelaktigt och undanröjde Banverkets tilldelningsbeslut och förordnade att upphandlingen fick avslutas först efter rättelse.

Kammarrätten konstaterade att en upphandlande enhet inom försörjningssektorerna fritt kan välja mellan öppen, selektiv eller förhandlad upphandling. Vid valet skulle emellertid huvudregeln i 1 kap. 4 § den tidigare gällande lag (1992:1528) om offentlig upphandling om affärsmässighet beaktas. Om den upphandlande enheten väljer förhandlad upphandling får således inte förhandlingar användas för att uppväga brister i förfrågningsunderlaget och leverantörerna får inte vara osäkra på vad som efterfrågas. Förhandlingarna får inte heller användas till att föra in nya krav eller alternativ. Kammarrätten konstaterade dock att Banverkets upphandling i stor utsträckning var av teknisk art och i delar överlämnat till anbudsgivarna att åstadkomma egna lösningar. De anförda omständigheterna visar dock inte på några förhållanden som bort föranleda Banverket att uppta förhandlingar för att kunna genomföra upphandlingen på ett affärsmässigt sätt. Verkets agerande befanns därför inte strida mot huvudregeln om affärsmässighet eller andra krav i den tidigare gällande lag (1992:1528) om offentlig upphandling. Kammarrätten ansåg det inte heller visat att anbudsunderlaget varit behäftat med brister i sådan art eller omfattning eller att utvärderingen skett på sådant sätt att förfarandet stred mot LOU. Kammarrätten upphävde, med bifall till överklagandet, länsrättens dom. Det är värt att notera Kammarrättens uttalande om att en förhandlad upphandling inte får användas för att uppväga brister i förfrågningsunderlaget, att leverantörerna inte får vara osäkra på vad som efterfrågas och att förhandlingarna inte heller får användas till att föra in nya krav eller alternativ.

2.2 *Dagordning och protokoll*

Några uttryckliga regler som stadgar att en upphandlande myndighet måste följa en på förhand fastställd dagordning och att det under förhandlingarna ska föras protokoll finns inte. Huruvida några sådana krav kan ställas måste således avgöras utifrån reglerna om likabehandling och transparens.

Syftet med kravet på likabehandling och transparens är bl.a. att alla leverantörer ska ges samma möjlighet att lämna konkurrenskraftiga anbud. Av kravet på likabehandling och transparens så som det kommer till uttryck i artikel 2 i upphandlingsdirektivet följer också att förhandlingar endast får förekomma i vad som kan betecknas som undantagsfall. Då sådana likväl förekommer måste de också kunna säkerställas att alla leverantörer behandlas lika. Det faktum att det både i upphandlingsdirektivet och i LOU ges möjlighet att utnyttja upphandlingsformer som inbegriper ett visst mått att förhandlingar innebär inte heller att kraven på likabehandling och transparens kan åsidosättas.

Frågan är därför om dessa krav kan uppfyllas utan att den upphandlande myndigheten följer en förhand fastställd dagordning vid förhandlingarna.

I Hentze och Sylvén, Offentlig upphandling, 1998, s. 310, uttalas följande:

”Eftersom förhandlingar kräver särskilt kvalificerad personal, ofta tar längre tid och innebär en stor risk för särbehandling av anbudsgivare, bör förhandling endast genomföras i särskilda fall. ... För att upprätthålla kravet på ett objektiva uppträdande krävs som regel att enheten har utarbetat en förhandlings-PM som så långt möjligt följs vid förhandlingar med de olika anbudsgivarna.”

I sammanhanget kan det också vara av intresse att nämna hur frågan regleras i den danska s.k. *tilbudsloven*¹³, vilken reglerar vissa danska upphandlingar som faller utanför direktivens tillämpningsområde. Av 11 § 2 st. följer att upphandlande myndigheter senast då förhandlingar inleds ska informera de aktuella leverantörerna om hur förhandlingarna ska utföras om det inte redan följer av förfrågningsunderlaget.

Även om det inte direkt framgår av vare sig gemenskapsrätten eller LOU att en upphandlande myndighet måste utgå ifrån en på förhand fastställd dagordning vid förhandlingar av det slag som genomfördes vid FMV:s ifrågavarande upphandling av AWV eller att föra protokoll över vad som avhandlades under respektive förhandling är det ändå inte uteslutet att en sådan skyldighet verkligen föreligger. I sammanhanget ska också nämnas att de regler som följer av 15 kap. LOU knappast är anpassade för upphandlingar av aktuellt slag. Det totala ordervärdet på den aktuella upphandlingen har uppskattats till minst 243 miljoner euro, medan 15 kap. LOU främst är anpassat för upphandlingar som betingar ett långt mycket lägre värde.¹⁴ Det är därför inte långsökt att det ställs högre krav på FMV ifråga om hur den aktuella upphandlingen genomförts för att de ska anses ha agerat i enlighet med de krav som följer av 1 kap. 9 § LOU jämfört med vad som är brukligt i samband med upphandlingar enligt 15 kap.

Frågan är om en upphandlande myndighet likt FMV kan förvissa sig om att de krav som följer av 1 kap. 9 § LOU inte åsidosätts utan att vid de förhandlingar som förekom som ett led i den aktuella upphandlingen dels utgå ifrån en på förhand fastställd dagordning, dels manifesterar vad som avhandlats i ett protokoll. Även om sådana åtgärder inte per automatik medför att den upphandlande myndigheten agerar i enlighet med likabehandlingsprincipen torde det väsentligen minska risken för att vissa leverantörer gynnas framför andra. Det är också osannolikt att en upphandlande myndighet i samband med en upphandling av ifrågavarande slag, vilken inte bara kan anses vara minst sagt komplicerad utan som också betingar ett mycket stort värde, kan uppfylla kravet på transparens utan att dels utgå ifrån en dagordning, vilken är den samma för alla leverantörer, dels föra protokoll i samband med förhandlingarna.

I FMV:s yttrande i samband med den aktuella överprövningen (s. 5 f.) anges:

”Med hänsyn till att Upphandlingen är en komplex funktionsupphandling och att det som offererats av anbudsgivarna sinsemellan skiljer sig åt, är det av lätt insedda skäl uppenbart ogörligt att nödgas förhandla om exakt samma frågor med samtliga anbudsgivare. I vilka delar förhandling sker med envar anbudsgivare bestäms av den

¹³ Se *lovbekendtgørelse nr 1410 af 07/12/2007, om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter.*

¹⁴ Se prop. 1992/93:88, s. 41.

upphandlande myndigheten med utgångspunkt från den analys som görs av respektive anbud. En annan ordning skulle inte gynna syftet med förhandlingarna, vilket har varit att optimera varje enskilt anbud. Det är därför självklart att förhandlingarna främst berört frågor som varit av vikt för varje unikt anbud, och att de frågor som tagits upp därför delvis skilt sig mellan anbudsgivarna på grund av de skillnader som funnits i de olika anbuden.”

Att en upphandlande myndighet likt FMV inte ansett det vara lämpligt att förhandla om exakt samma frågor med samtliga anbudsgivare är tämligen rimligt. Detta faktum utesluter däremot inte att de förhandlingar som ändå genomförs måste tillgodose de krav som följer av 1 kap. 9 § LOU. I sammanhanget ska också erinras om den skillnad råder mellan förhandlingar i normala affärstransaktioner och vad som ryms inom förhandlingsbegreppet då det används i en upphandlingssituation. Likabehandlingsprincipen torde vanligtvis utesluta att en upphandlande myndighet efter eget skön väljer vilka frågor som ska vara föremål för förhandling beroende vilken leverantör man förhandlar med.¹⁵ Att vid förhandlingarna utgå ifrån en på förhand fastställd dagordning skulle inte heller utesluta att den upphandlande myndigheten kan förhandla om olika delar av respektive anbud – däremot skulle en sådan dagordning i större utsträckning tillförsäkra alla leverantörer behandlas på ett likvärdigt sätt i och med att de då på förhand vet vilka frågor som kan bli föremål för förhandling.

Frågan om FMV dels borde ha utgått ifrån en på förhand fastställd dagordning, dels borde fört protokoll i samband med förhandlingarna, måste också ses i ljuset av möjligheten för andra leverantörer att kunna få en rättslig prövning av den aktuella upphandlingen. För att en leverantör som anser sig förfördelad i praktiken ska kunna få möjlighet till en reell prövning av upphandlingen torde kunna krävas att den upphandlande myndigheten noga dokumenterar vad som behandlats under förhandlingarna med respektive leverantör. Utan sådan dokumentation är det i princip omöjligt för en leverantör att visa att den upphandlande myndigheten agerat i strid med bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU. Det torde också vara den upphandlande myndigheten som har de bästa förutsättningarna att bevisa hur upphandlingen i praktiken gått till, vilket ytterligare understryker vikten av att en upphandlande myndighet vinnlägger sig om att protokoll eller dylikt förs vid eventuella förhandlingar.

2.3 Nya förutsättningar

Med anledning av den aktuella upphandlingen har också frågan om i vilken utsträckning den upphandlande myndigheten i samband med förhandlingarna kan tillföra förutsättningar ifråga om för utvärderingen av anbud aktualiserats. Inte heller denna fråga regleras explicit i vare sig LOU eller i direktivet. Således måste man falla tillbaka på regleringen i 1 kap. 9 LOU för att kunna avgöra i vilken utsträckning en upphandlande myndighet kan ändra förutsättningarna i samband med förhandlingarna.

Som nämnts ska upphandlande myndigheter behandla alla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samtidigt som upphandlingen också uppfyller kravet på transparens.

¹⁵ Se t.ex. Kammarrättens i Sundsvall dom av den 27 april 2004, mål nr 3441-03.

Häri ligger också att alla leverantörer ska ges samma information och samma förutsättningar att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.¹⁶

Att begära in uppgifter som inte efterfrågas i förfrågningsunderlaget – även om samma information begärs in av samtliga leverantörer – anses utgöra en förändring av förfrågningsunderlaget under förutsättning att det inte rör sig om att den upphandlande myndigheten inte efterfrågar förtydliganden eller kompletteringar. Om de efterfrågade uppgifterna kan anses påverka hur anbuden utvärderas är den aktuella förändringen av förfrågningsunderlaget att betrakta som väsentlig, varför den inte heller är förenlig med bestämmelserna i LOU.¹⁷

Även om alla leverantörer som en upphandlande myndighet förhandlar med behandlas på ett likvärdigt sätt och ges samma information under samma villkor är ändå möjligheten att tillföra nya förutsättningar under förhandlingarna begränsade. Om en upphandlande myndighet tillåts ändra förutsättningarna kan inte den risk som finns för att leverantörer som utifrån de ursprungliga förutsättningarna valt att inte lämna anbud helt nonchaleras. Således kan en upphandlande myndighet som ändrar förutsättningarna för upphandlingen mycket väl bryta mot likabehandlingsprincipen fast än de leverantörer som man förhandlar med behandlas på ett likvärdigt sätt.

Således är möjligheten för en upphandlande myndighet att ändra prövningskriterierna under pågående upphandling mycket begränsade. En upphandlande myndighet upptäcker att den måste göra ändringar ifråga om hur anbuden ska utvärderas ankommer det på myndigheten att avbryta upphandlingen och göra om den samma. Nämnden för offentlig upphandling har också uttalat att:

”Någon möjlighet att ändra eller göra tillägg till angivna bedömningskriterier föreligger normalt inte utan upphandlingen måste göras om.”¹⁸

Som exempel på ändrade förutsättningar som kan missgynna potentiella leverantörer kan nämnas den situation att upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget anger ett pristak som leverantörerna inte får överstiga i sina anbud. Om omfattningen av den aktuella uppgift som upphandlas senare ändras av den upphandlande myndigheten kan det få till följd att leverantörer som valt att inte delta i upphandlingen mycket väl hade kunnat delta om de aktuella omständigheterna varit kända för dem från början. Genom en sådan modifiering av den aktuella upphandlingen är det inte osannolikt att fler leverantörer hade kunnat utföra de aktuella uppgifterna utan att överstiga pristaket. Sådana är ändringar av förutsättningarna för de lämnade anbuden är således inte tillåtna om den upphandlande myndigheten riskerar påverka konkurrensvillkoren på så sätt som angetts.¹⁹ I en situation där den upphandlande

¹⁶ Se t.ex. Kammarrättens i Stockholm dom av den 17 oktober 2008, mål nr 5042-08.

¹⁷ Se Kammarrättens i Stockholm dom av den 19 november 2008, mål nr 7405-08.

¹⁸ NOU:s ärende 63/95-21.

¹⁹ Jfr Klagenævnet for Udbud (KfU), kendelse af. 8. oktober 1997. KfU är en dansk administrativ prövningsinstans som främst behandlar klagomål angående upphandlande myndigheters överträdelser av det upphandlingsrättsliga regelverket. KfU tillämpar i första hand både de gemenskapsrättsliga upphandlingsdirektiven (vilka gäller som lag i Danmark) och den primära EG-rätten, såsom de allmänna principerna.

myndigheten anser sig behöva justera förutsättningarna för leverantörerna enligt ovan borde den istället välja att avbryta upphandlingen.²⁰

I Hentze och Sylvén, Offentlig upphandling, 1998, s. 310, uttalas följande:

”Förhandlingar kan avse alla avtalsvillkor inklusive pris och mindre ändringar och anpassningar av förfrågningsunderlaget, men får inte innebära ändringar av de grundläggande kraven i förfrågningsunderlaget. Även om samtliga anbudsgivare ges möjlighet att ta ställning till sådana förändrade krav kan det vara diskriminerande. Leverantörer som helt avstått från att lämna anbud skulle kanske med de förändrade kraven varit intresserade att lämna anbud.”

Som anfördes ovan uttalade Kammarrätten i Sundsvall i sin dom av den 27 april 2004, mål nr 3441-03, att en förhandlad upphandling inte får användas för att uppväga brister i förfrågningsunderlaget, att leverantörerna inte får vara osäkra på vad som efterfrågas och att förhandlingarna inte heller får användas till att föra in nya krav eller alternativ.

Frågan om man får införa nya förutsättningar vid en eventuell förhandling har endast i liten utsträckning diskuterats i svensk doktrin. Frågan har däremot varit föremål för övervägande i Danmark. Som exempel på en reglering rörande möjligheten att i samband med förhandlingar ändra innehållet i en upphandling kan nämnas av 11 § 4 st. i den danska *tilbudsloven*:

Stk. 4. Forhandlingerne må ikke føre til, at opgavens karakter ændres væsentligt, eller til, at tildelingskriterierne, herunder den vægtning eller prioritering, der er lagt til grund ved udvælgelsen af forhandlingspartnere efter stk. 1, ændres.

I det förfrågningsunderlag som låg till grund för FMV:s upphandling av AWW följer inte att FMV som ett led i utvärderingen har för avsikt att genomföra praktiska tester. Endast tio arbetsdagar innan anbudsfristens utgång ändrades däremot förutsättningarna för leverantörerna genom att följande skall-krav tillfördes genom Questions, Answers and Updates:

*“Update of Annex 2.2:
FMV is, as part of the evaluation, interested in conducting trials and tests of offered products. Therefore a new question, P21, is added.*

Tenderers shall, as part of tender, state when, where and under which conditions practical trials and tests with offered products would be possible.”

Det tillkommande skall-kravet, som enligt dess lydelse också avser att påverka utvärderingen av de lämnade anbuden, måste anses vara av en sådan karaktär att det ändrar förutsättningarna för upphandlingen – inte minst med beaktande av att alla potentiella leverantörer inte hade färdigutvecklade system att visa upp för FMV. Villkoret är sannolikt av en sådan karaktär att det borde ha angivits i det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Det torde inte heller finnas

²⁰ Se NOU:s yttrande 2004-01-28, dnr 2004/0010-29.

något giltigt skäl för FMV att endast tio dagar före anbudsfristens utgång uppställa det aktuella villkoret.

I och med att det aktuella villkoret enligt dess lydelse avser att utgöra en del av utvärderingen kan konstateras att den nya förutsättningen är av betydelse för den ekonomiska värderingen av anbudet, vilken i sin tur avgör hur konkurrenskraftigt anbudet är. Således utgör den nya förutsättningen en grundläggande förändring av den aktuella upphandlingen.²¹

2.4 Förändring av skall-krav

Ytterligare en fråga som aktualiserats i föreliggande upphandling är i vilken utsträckning en upphandlande myndighet dels före anbudsfristens utgång, dels efter anbudsgivningen, kan ändra skall-krav. Inte heller denna fråga regleras explicit i vare sig direktivet eller LOU. Följaktligen måste frågan avgöras utifrån de allmänna principer som uttrycks i 1 kap. 9 § LOU.

Vid avgörande hur skall-krav ska tolkas måste utgångspunkten tas i hur kraven formulerats i förfrågningsunderlaget. För att ett förfrågningsunderlag ska stå i överensstämmelse med de principer som ges uttryck för i 1 kap. 9 § LOU får skall-kraven inte heller lämna utrymme för olika tolkningar av dess innebörd.²²

Huruvida skall-krav får ändras under en upphandling, men innan anbudsfristens utgång, måste avgöras från fall till fall beroende på om den justering av förfrågningsunderlaget som den upphandlande myndigheten har för avsikt att göra kan anses ändra förutsättningarna för upphandlingen. Om så är fallet torde det inte vara möjligt för en upphandlande myndighet att göra de aktuella förändringarna utan att bryta mot de krav som följer av 1 kap. 9 § LOU.²³

I Kammarrättens i Sundsvall avgörande av den 30 november 2005, mål nr 3243-04, medförde en ändring av ett skall-krav till ett bör-krav som innebar mervärde vid viktningen att upphandlingen fick göras om. Såväl länsrätten som kammarrätten ansåg att kravet på förutsebarhet åsidosatts och kommunen får göra om upphandlingen, eftersom kommunen inte beaktat kravet vid utvärderingen.

Upphandlingen avsåg ett tvåårigt avtal om löpande inköp av multifunktionsmaskiner och genomfördes som en förenklad upphandling. Sökanden menade bl.a. att ett skall-krav avseende säkerhet inte utvärderats. Kravet ändrades under upphandlingens gång till ett bör-krav. Länsrätten konstaterade att upphandlingen, genom att kommunen inte beaktat det angivna säkerhetskravet vid sin prövning, inte varit förutsebar. Upphandlingen hade därmed inte genomförts affärsmässigt. Länsrätten ansåg en rättelse otillräcklig och beslutade att upphandlingen skulle göras om. Kammarrätten konstaterar att anbudsgivarna fått ett dokument med information om att kravet under upphandlingen ändrats till ett bör-krav, som

²¹ Se Forsberg, Offentlig upphandling i praktiken, 2004, s. 115. Jfr Steinicke & Groesmeyer, EU's Udbudsdirektiver, 2008, s. 364 f.

²² Se Kammarrättens i Göteborg dom av den 19 september 2007, mål nr 35-07.

²³ Jfr NOU:s ärende 63/95-21 och Steinicke & Groesmeyer, EU's Udbudsdirektiver, 2008, s. 364 f. Se också Forsberg, Offentlig upphandling i praktiken, 2004, s. 104 f. samt Hentze och Sylvén, Offentlig upphandling, 1998, s. 80 f.

uppgavs innebära ”mervärde vid viktningen”. Bör-kravet beaktades sedan inte vid utvärderingen och anbudsgivarna underrättades heller inte om detta i förväg. Kammarrätten fann att kommunen genom att inte beakta säkerhetskravet hade åsidosatt det krav på förutsebarhet som följer av transparensprincipen. Såvitt kunde utläsas av handlingarna i målet hade sökanden, men inte det vinnande anbudet, offererat maskinmodeller som uppfyllde säkerhetskravet. Kammarrätten lämnar kommunens överklagande utan bifall. Det bör särskilt uppmärksammas att den sökande kommit att lida skada av ändringen av skall-kravet då denne, men inte det vinnande anbudet, från början uppfyllde kravet.

En förändring av skall-krav som gjort i FMV:s upphandling av AWW är att den accepterade svängradien genom Questions, Answers and Updates 10 november 2008 ändrats på följande sätt:

“Annex 3.1 System Specification

ID241:

Old requirement text:

‘The vehicle shall have the ability to perform a 180° turn within 16 m between walls.’

New requirement text:

‘The vehicle shall have the ability to perform a 180° turn within 23 m between walls.’”

Om en leverantör i inledningsskedet av en upphandling kan förvänta sig – utifrån förfrågningsunderlagets utformning – att de tänkta huvudkonkurrenterna inte kan komma ifråga pga. att de inte uppfyller de ställda kraven, är det mycket troligt att leverantören anger ett högre pris i sitt anbud jämfört med om den redan från början var införstådd med att förutsättningarna skulle ändras på så sätt att fler leverantörer skulle kunna komma ifråga för kontrakt. Det pris och andra villkor en leverantör väljer att införa i ett anbud avgörs inte endast utifrån kostnaderna utan även den förväntade konkurrenssituation är av stor betydelse i sammanhanget.²⁴ Det faktum att det ändrade skall-kravet i sig inte påverkar Hägglunds produkt utesluter således inte att förändringen av upphandlingen orsakat Hägglunds en skada i den mening som avses i 16 kap. LOU. Det ska också anmärkas att ett anbud av ifrågavarande slag förbereds under en lång tid varför en leverantör som ställs inför nya villkor i slutskedet av en upphandling svårligen kan justera sitt anbud utifrån de nya förutsättningarna på så kort tid som i den aktuella upphandlingen.

Skulle det ändrade skall-kravet bero på en felskrivning i det ursprungliga förfrågningsunderlaget är det inte alltid möjligt för en upphandlande myndighet att korrigera det aktuella felet genom en ändring av det samma. Även om frågan explicit inte regleras i LOU – i vilken man endast finner bestämmelser rörande leverantörers möjlighet att korrigera eller komplettera ett anbud – måste en upphandlande myndighet agera i överensstämmelse med 1 kap. 9 § LOU då man ändrar förutsättningarna för upphandlingen.

Ifråga om det tillkommande skall-kravet rörande praktiska tester (Questions, Answers and Updates: Update of Annex 2.2) se ovan avsnitt 2.3.

²⁴ Se t.ex. Brorström m.fl., Förvaltningsekonomi, 2005, s. 242 ff. Jfr också Kammarrättens i Göteborgs dom 2007-06-15, mål nr 641-07 och Kammarrättens i Göteborgs dom 2007-12-20, mål nr 4552-07.

Det är inte heller tillåtet att efter anbudsfristens utgång göra ändringar av skall-krav. I en sådan situation är det uppenbart att den upphandlande myndigheten brutit mot principen om transparens vilken i allt väsentligt bygger på att de potentiella leverantörerna ska kunna utforma sina anbud i full förvisning om vad som efterfrågas. Dessutom kan den upphandlande myndigheten i en situation då den förändrar skall-krav efter anbudstidens utgång också ha agerat på ett sätt som medfört att en leverantör gynnats framför andra – vilket inte står i överensstämmelse med likabehandlingsprincipen.²⁵

Det kan således knappast anses vara förenligt med 1 kap. 9 § LOU att tillföra skall-krav efter anbudstidens utgång så som gjort av FMV t.ex. ifråga om att ställa krav på att fordonen ska vara utrustade med ett visst system för avfyrning av rökgranater eller ifråga om att kräva att fordonen ska vara anpassade för installation av ett visst GPS-system. Ett annat skall-krav som tillkommit efter anbudstidens utgång är att fordonen ska kunna framföras under en viss hastighet. Ytterligare en förändring av skall-kraven som gjorts av FMV efter anbudstidens utgång är att kraven ifråga om kommunaktionsutrustningen förändrats.

Det torde inte heller vara förenligt med de krav som följer av 1 kap. 9 § att förändra bör-krav efter anbudstidens utgång i och med att bör-kraven påverkar hur anbuden utvärderas. Således är det sannolikt att de nya bör-krav som presenterades för Hägglunds genom e-post den 24 april 2009 och den 15 maj 2009 utgör väsentliga förändringar av förfrågningsunderlaget – varför de aktuella förändringarna inte heller borde anses vara förenliga med bestämmelserna i LOU.²⁶

Som ett exempel på när en ändring av skall-kravet efter anbudstidens utgång trots allt inte ansetts motivera en ändring av den upphandlande enhetens beslut kan anföras Kammarrättens i Göteborg dom av den 5 mars 2009, mål nr 305-09. En kommun genomförde en upphandling i enlighet med lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF), avseende en framtida produktionsanläggning för fjärrvärme och el och genomfördes som en förenklad upphandling. Kommunen beslutade att tilldela kontraktet till Reng Consulting AB (Reng). Grontmij AB (Grontmij) begärde överprövning och yrkade att upphandlingen skulle rättas på så sätt att Grontmij skulle utses till leverantör och att det vinnande bolaget skulle diskvalificeras.

Som grund för yrkandet anförde Grontmij att Reng inte hade uppfyllt kommunens skall-krav avseende kreditvärdighet. Kravet innebar att bolaget skulle ha en kreditvärdighet motsvarande lägst riskklass 5 hos UC AB eller motsvarande likvärdigt klassificeringssystem. Reng hade ansetts tillhöra riskklass 4, och anbudet borde därför ha diskvalificerats. Efter anbudstidens utgång sänkte kommunen kravet från riskklass 5 till riskklass 4, och en begäran om komplettering sändes ut till samtliga anbudsgivare. Anledningen till att kommunen sänkte kravet var att ursprungskravet var oproportionerligt högt. Den upphandlande enheten hade därför efter anbudstidens utgång sänkt ett skall-krav rörande kreditvärdighet, vilket enligt Grontmij hade motverkat en god och effektiv upphandling. Grontmij gjorde därför gällande att denna ändring efter anbudstidens utgång stred mot såväl LUF som mot gemenskapsrätten.

²⁵ Jfr Kammarrättens i Göteborg dom av den 5 juni 2007, mål nr 641-07.

²⁶ Se Kammarrättens i Stockholm dom av den 19 november 2008, mål nr 7405-08.

Grontmijs anbud hade uteslutits från att delta i upphandlingen, med hänvisning till att det inte uppfyllde skall-kravet avseende kreditvärdighet. Grontmij ansåg att kommunen felaktigt bedömt dess kreditvärdighet; till sitt anbud hade Grontmij fogat ett utlåtande från kreditupplysningsorganisationen Soliditet som visade ”AAA Högsta kreditvärdighet”, vilket enligt Grontmijs mening motsvarade riskklass 5 enligt UC AB:s rating. Kommunen bestred bifall till ansökan och tillbakavisade påståendet att det av Soliditet satta ratingvärdet motsvarade riskklass 5 enligt UC AB:s rating. Kommunen hade inhämtat kreditupplysning hos UC AB avseende bolaget, och enligt upplysning från UC AB tilldelades Grontmij riskklass 3.

Länsrätten ansåg att UC AB:s bedömning av Grontmijs kreditvärdighet tydligt visade att Grontmij inte förmått uppfylla kvalificeringskravet och att bolaget inte heller inkommit med utredning till stöd för en individuell bedömning av bolagets ekonomiska förhållanden. Endast en kreditrating från Soliditet kunde inte anses tillräcklig i detta avseende och kommunen hade därför haft grund för att utesluta Grontmijs anbud från fortsatt utvärdering. Vad gällde kommunens ändring av skall-kravet ansåg länsrätten att det inte kunde uteslutas att i vart fall någon leverantör hade avstått från att delta i upphandlingen på grund av det ursprungliga kravet på kreditvärdighet 5, och att någon ytterligare leverantör hade kunnat delta efter att hade kravet sänkts, vilket dock skett först efter anbudstidens utgång. Länsrätten påpekade att detta kan anses ha motverkat en god och effektiv upphandling.

Länsrätten ansåg dock att Grontmij inte hade lidit skada eller kunnat komma att lida skada till följd av detta förfarande, eftersom kommunen haft fog för att utesluta Grontmij från att delta i upphandlingen. Länsrätten avslog därför ansökan om ingripande enligt LUF och kammarrätten instämde i länsrättens bedömning och avslog överklagandet. Avgörandet måste ses mot bakgrund av att den klagande parten inte lidit någon skada till följd av ändringen, inte att det generellt sett anses vara tillåtet att i efterhand ändra skall-krav.

3 Den valda utvärderingsmodellen och upphandlingslagstiftningen

3.1 Inledning

En central fråga är om den utvärderingsmodell som FMV använt sig av i upphandlingen uppfyller de krav på tydlighet, förutsebarhet och likabehandling som följer av de upphandlingsrättsliga principerna och 1 kap. 9 § LOU? Någon entydig modell för hur en utvärdering ska gå till eller hur en utvärderingsmodell ska se ut finns inte, men en rad principiella frågor om hur man ska gå till väga vid en anbudsutvärdering för att uppfylla upphandlingsdirektiven och de gemenskapsrättsliga grundprinciperna framgår i flera belysande fall från EG-domstolen. Även i svensk rättspraxis har frågan berörts i flera fall.

3.1.1 Rättspraxis från EG-domstolen

Samtliga nedan redovisade avgöranden från EG-domstolen behandlar de tidigare upphandlingsdirektiven. Det har ännu inte meddelats någon dom från EG-domstolen som behandlar de nya, tvingande, kraven om att de upphandlande myndigheterna och enheterna även ska ange den relativa vikten av tilldelningskriterierna, det vill säga poängsättningen eller procenten på rangordningen. Avgörandena nedan redovisas emellertid för att påvisa den stora vikt som EG-domstolen lägger vid likabehandlingsprincipen och principen om transparens, för att syftet om att öppna upp upphandlingsmarknaderna för aktörer från andra medlemsstater ska kunna uppfyllas. Det är således av synnerligt vikt att de upphandlande myndigheterna/enheterna i förväg offentliggör de tilldelningskriterier som kommer att tillämpas och kriteriernas inbördes vikt, för att uppfylla kraven i upphandlingslagstiftningen.

Det finns ett antal avgöranden från EG-domstolen som fastställer kravet på att i förväg offentliggöra tilldelningskriterier och deras inbördes vikt, med vilket här får förstås rangordning, bland annat mål 31/87, Beentjes, mål C-87/94, Kommissionen mot Belgien, C-470/99, Universale-Bau m.fl., mål C-331/04, ATI EAC m.fl., samt mål C-532/06, Lianakis m.fl.

Redan 1988 fastställde EG-domstolen i domen i mål 31/87, Beentjes, att upphandlande myndigheter är skyldiga att offentliggöra de krav och kriterier som styr en upphandling på ett tillräckligt omfattande sätt för att uppfylla direktivens mål att säkerställa utvecklingen av effektiv konkurrens på marknaden för offentliga upphandlingskontrakt.²⁷ I nästa avgörande, C-87/94, Kommissionen mot Belgien, vilket behandlade bestämmelserna i försörjningssektorerna, påpekar domstolen uttryckligen att de upphandlande enheterna var skyldiga att ange både tilldelningskriterier och deras vikt. ”Det skall understrykas att de upphandlande enheternas skyldighet att enligt artikel 27.2 i direktivet ’i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling ange alla de kriterier, som de avser att tillämpa vid tilldelningen, om möjligt i ordning efter deras betydelse’, just syftar till att underrätta potentiella anbudsgivare om de uppgifter som kommer att beaktas för att välja ut det

²⁷ Mål 31/87, Beentjes, p. 21.

ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Samtliga anbudsgivare känner således till de upphandlingskriterier som deras anbud måste uppfylla samt kriteriernas inbördes vikt. Detta krav gör dessutom att det säkerställs att principerna om anbudsgivares likabehandling och principen om insyn iaktas.²⁸

Med ”direktivet” menades det då gällande direktiv 90/531/EEG av den 17 september 1990 om upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna. I nästa avgörande, domen i mål C-470/99, *Universale-Bau*, hänvisades till domstolens avgörande i mål C-87/94, *Kommissionen mot Belgien*. EG-domstolen konstaterade att bestämmelserna om offentliggörande av tilldelningskriterier var likalydande för den klassiska sektorn och för försörjningssektorerna. Enligt domstolen syftar de upphandlande myndigheternas skyldighet att offentliggöra tilldelningskriterierna till att potentiella anbudsgivare, innan de utformar sina anbud, skulle underrättas om de upphandlingskriterier som dessa anbud måste uppfylla samt kriteriernas inbördes vikt. Härigenom menade domstolen att det säkerställdes att principen om likabehandling av anbudsgivare och principen om insyn iaktogs.²⁹

I EG-domstolens dom av den 24 november 2005 i mål C-331/04, *ATI EAC m.fl.*, inledde domstolen med att konstatera att det saknade betydelse vilket direktiv som tolkades, eftersom bestämmelserna om tilldelningskriterier var likalydande. Domstolen erinrade därefter om att enligt rättspraxis, C-513/99, *Concordia Bus*, ska tilldelningskriterier ha ett samband med kontraktets föremål, inte ge den upphandlande myndigheten en obegränsad valfrihet, uttryckligen anges i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling och vara förenliga med alla grundläggande principer om likabehandling, icke-diskriminering och insyn.³⁰

Alla kriterier ska uttryckligen anges i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling, om möjligt efter angelägenhetsgrad, med det viktigaste först, så att entreprenörerna ska kunna få kännedom om kriterierna och deras omfattning. Domstolen poängterade särskilt att skyldigheten att respektera principen om likabehandling är central i direktiven om offentlig upphandling och att anbudsgivarna enligt praxis, C-19/00, *SIAC*, ska behandlas lika såväl när de utarbetar sina anbud som när anbuden prövas.³¹

Domstolen uttalar därefter att för att principen om likabehandling och principen om insyn iaktas ska kunna garanteras är det enligt praxis, C-87/94, *Kommissionen mot Belgien*, och C-470-99, *Universale-Bau m.fl.*, viktigt att potentiella anbudsgivare ska underrättas om samtliga uppgifter som kommer att beaktas för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och, om möjligt, deras vikt i förhållande till varandra när de utformar sina anbud. Det strider således inte mot gemenskapsrätten att särskild vikt läggs vid undergrupper till ett tilldelningskriterium som har fastställts i förväg genom att mellan de förra fördela poäng som den upphandlande myndigheten avsett för detta kriterium då specifikationerna utarbetades. Förutsättningarna är dock att ett sådant beslut inte medför en förändring av kriterierna i

²⁸ C-87/94, *Kommissionen mot Belgien*, p. 88.

²⁹ C-470/99, *Unversale-Bau m.fl.*, p. 98.

³⁰ Se närmare Steinicke & Groesmeier, *EU's Udbudsdirektiver*, 2008, s. 1244–1250.

³¹ Se närmare Steinicke & Groesmeier, *EU's Udbudsdirektiver*, 2008, s. 1234 f.

kontraktshandlingarna, inte innehåller omständigheter som om de hade varit kända för anbudsgivarna när de utformade sina anbud hade kunnat påverka utformningen och att beslutet inte har fattats med hänsyn till vissa omständigheter som kan ha en diskriminerande effekt gentemot en av anbudsgivarna.

I EG-domstolens dom av den 24 januari 2008 i mål C-532/06, Lianakis, som rörde förfaranden vid offentlig upphandling av tjänster enligt direktiv 92/50 vidareutvecklar domstolen sitt resonemang och konstaterar att direktiven, mot bakgrund av principen om likabehandling av ekonomiska aktörer och skyldigheten att möjliggöra insyn som följer härav, utgör hinder för att den upphandlande myndigheten, under ett anbuds förfarande, i ett senare skede fastställer viktningskoefficienter och underkriterier med avseende på de kriterier för tilldelning som omnämns i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling. Utgångspunkten är enligt EG-domstolen att potentiella anbudsgivare, när de utformar sina anbud, ska underrättas om samtliga uppgifter som den upphandlande myndigheten kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och om deras vikt i förhållande till varandra. En upphandlande myndighet har således inte rätt att tillämpa bestämmelser om viktning och underkriterier med avseende på kriterier för tilldelning utan att i förväg underrätta anbudsgivarna om dessa. Sådana bestämmelser ska alltså följa av ”kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling”.

EG-domstolen konstaterar i punkt 44, att ett förfarande där den upphandlande myndigheten i efterhand, efter det att anbudet hade ingetts och kuverten innehållande intresseanmälningarna hade öppnats, fastställde viktningskoefficienterna och underkriterierna för tilldelningskriterierna, uppenbarligen inte var förenligt med skyldigheten att offentliggöra vissa uppgifter och principen om likabehandling av ekonomiska aktörer och skyldigheten att möjliggöra insyn. Domstolen ansåg alltså att den upphandlande myndigheten vara förhindrad att i ett senare skede fastställer viktningskoefficienter och underkriterier med avseende på de kriterier för tilldelning som omnämns i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling, punkt 45.

3.1.2 Svensk rättspraxis

I svensk praxis finns inte några entydiga fall vad gäller de krav som kan ställas på den utvärderingsmodell som den upphandlande myndigheten väljer att använda. Det vägledande prejudikatet får anses vara RÅ 2002 ref. 50, där Regeringsrätten avseende förfrågningsunderlagets utformning konstaterade 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 det ekonomiskt mest fördelaktiga antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.” Kan det således inte utläsas av förfrågningsunderlaget vilka kriterier som den upphandlande myndigheten kommer att tillmäta betydelse vid anbudsutvärderingen strider utvärderingsmodellen mot de gemenskapsrättsliga principerna såsom numer framgår av 1 kap. 9 § LOU.

Kammarrätten i Sundsvall konstaterade i dom av den 28 mars 2006, mål nr 344-06, med hänvisning till ett avgörande från EG-domstolen³² att den upphandlande enheten är fri att välja kriterier för tilldelning av kontrakt och att bestämma viktningen, 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.

En sådan otydlighet kan vara om den upphandlande myndigheten inte på ett tydligt sätt angett hur viktningen av olika tilldelningskriterier ska göras. I Kammarrättens i Sundsvall dom av den 25 mars 2008, mål nr 3820-07, fastställde domstolen att den upphandlande enheten genom att inte före anbudsutvärderingen ange viktningen av de fyra tilldelningskriterierna agerat i strid mot de grundläggande EG-rättsliga principerna om förutsägbarhet och transparens och därmed mot huvudregeln om affärsmässighet i den tidigare gällande lag (1992:1528) om offentlig upphandling. Kammarrätten angav att ett sådant förfarande utgör ett väsentligt fel i förfrågningsunderlaget och beslutade att upphandlingen skulle göras om. Samma domstol konstaterade i en dom av den 18 april 2008, mål nr 237-08, att någon viktning av tilldelningskriterierna inte hade skett, vilket utgjorde ett väsentligt fel. Även här beslutade domstolen att upphandlingen skulle göras om.

Kammarrätten i Göteborg meddelade den 18 april 2007 dom i mål nr 6303-06, där den upphandlande enheten hade viktat genom att tilldela olika poäng för andra kriterier än anbudssumman på ett sätt som inte framgick av förfrågningsunderlaget. Enligt kammarrätten medförde förfarandet att kravet på förutsebarhet vid anbudsprövningen på ett väsentligt sätt hade åsidosatts och att det i en del fall kan antas ha haft en avgörande betydelse för valet av leverantör. Kammarrätten fann därför att rättelse genom en ny utvärdering i enlighet med kriterierna i förfrågningsunderlaget skulle ske.

Även i andra avseenden än själva viktingen av urvalskriterier ställer domstolarna stora krav på utformningen av förfrågningsunderlag. I Kammarrättens i Göteborg dom av den 20 december 2007, mål nr 4552-07, fann Kammarrätten att förfrågningsunderlaget hade en vag skrivning av ett tillgänglighetskrav, vilket gav utrymme för alternativa tolkningar. Eftersom tolkningen uppgetts ha haft betydelse för prissättningen av anbudet är det inte osannolikt att klagandens anbud kunde ha utformats annorlunda om det inte funnits brister i förfrågningsunderlaget. Ett så vagt formulerat förfrågningsunderlag stred därmed mot transparensprincipen och upphandlingen måste därmed göras om.

³² I mål C-448/01, EVN AG, Wienstrom GmbH mot Österrike, konstaterade domstolen att gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling inte utgör hinder för att en upphandlande myndighet, inom ramen för en bedömning av vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt för tilldelning av kontrakt om elförsörjning, tillämpar ett upphandlingskriterium enligt vilket det krävs att den levererade elen producerats från förnybara energikällor, vilket vägs in med 45 procent, och den omständigheten att nämnda kriterium inte nödvändigtvis medför att det avsedda syftet uppnås saknar betydelse i detta avseende. Däremot utgör nämnda bestämmelser hinder för ett sådant kriterium i den mån det inte är förenat med krav som gör det möjligt att säkerställa en verklig kontroll av att den information som lämnats i anbudet är korrekt eller det krävs att anbudsgivarna anger hur mycket el från förnybara energikällor de kan leverera till en inte närmare avgränsad krets köpare, varvid det maximala antalet poäng tilldelas den anbudsgivare som anger störst mängd, och det preciseras att endast den mängd beaktas som överskrider den konsumtion som förväntas inom ramen för upphandlingen. Det ansågs därför ankomma på den nationella domstolen att kontrollera huruvida upphandlingskriteriet, trots den upphandlande myndighetens underlåtelse att ange ett bestämt leveransdatum, har utformats tillräckligt klart för att uppfylla de krav på likabehandling och insyn som ställs på offentliga upphandlingsförfaranden.

I Kammarrättens i Göteborg dom av den 10 juli 2008, mål nr 1729-08, fann Kammarrätten att det inte kunde utläsas av förfrågningsunderlaget att de glukosmätare som skulle upphandlas skulle visa dagens datum och aktuell tid i likhet med en klocka. Det uppställda skall-kravet måste syfta till att rätt tid och datum ska registreras vid mätning av blodsockerhalten i blodet och detta krav uppfyller bolagets mätare. Den upphandlande myndigheten hade därför inte haft grund att utesluta bolaget från värderingen gällande mätarna. Vidare konstaterar kammarrätten att en upphandling ska genomföras affärsmässigt. Domstolen hänvisar till RÅ 1996 ref. 100 och menar att kravet på transparens innebär att förfrågningsunderlaget ska vara fullständig och tydligt på så sätt att leverantören har möjlighet att bedöma vad den upphandlande enheten frågar efter. En vag formulering strider mot principen om transparens och förutsebarhet vilket innebär att upphandlingen inte genomförts på ett affärsmässigt sätt. Eftersom förfrågningsunderlaget inte uppfyllde kravet på transparens kan inte rättelse ske utan upphandlingen skulle göras om

Även i Kammarrättens i Göteborg dom av den 9 juli 2008, mål nr 3331-08, där ett en elleverantör begärde anbud för upphandling av maskintjänster befanns bristerna i utformningen av förfrågningsunderlaget medföra att transparensen i upphandlingen inte kunde anses motsvara de krav som uppställs vid en offentlig upphandling. Även i detta fall måste därför upphandlingen göras om.

Vidare slog Kammarrätten i Stockholm genom dom den 15 juni 2009, mål nr 2501-09 och 2508-09, nyligen fast att Arbetsförmedlingens utvärderingsmodell vid upphandlingen av ramavtal för flyttjänster inte uppfyllde kraven på förutsebarhet och likabehandling, att leverantörer som lämnat marknadsmässiga priser har missgynnats och att upphandlingen därför måste göras om.

Arbetsförmedlingen genomförde under hösten 2008/vintern 2009 en öppen upphandling av ramavtal inom området bohavstransporter/flyttjänster. Tre företag ansökte om överprövning och gjorde bland annat gällande att förfrågningsunderlaget brustit i tydlighet och därmed inte uppfyllt kraven på förutsebarhet genom den valda utvärderingsmodellen. Av förfrågningsunderlaget framgick att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle antas och att den upphandlande myndigheten vid bedömningen skulle ta kvalitetshänsyn fördelade på uppdragets utförande (45 procent), pris (35 procent) och kompetens (20 procent). Angett pris skulle beaktas för tre delområden och en totalsumma skulle komma att beräknas för respektive delområdes prisuppgifter och utvärderas. Vidare framgick att anbudsgivarna uppmanades att lämna prisförslag avseende bland annat bostadsyta kr/kvm, klaverinstrument kr/st, piano kr/st, sjöfrakt kr/st. Kammarrätten konstaterade att Arbetsförmedlingen i sin utvärdering av anbuden har adderat samtliga poster och därefter poängsatt slutsumman.

Enligt kammarrätten har emellertid förfarandet medfört att det inte gjorts någon differentiering mellan de olika posterna med hänsyn till transportvolymen, vilket inneburit att det pris anbudsgivarna angett för varje post har fått lika stort genomslag på anbudspriset oberoende av den eventuella volym som kommer att upphandlas. Kammarrätten konstaterade att det av det vinnande anbudet framgår att angett pris för bostadsyta kr/kvm har varit 250 kronor och att övriga sällsynt förekommande poster, såsom flytt av flyglar och

sjötransport, har prissatts till 10 öre. De andra anbudsgivarna har erbjudit väsentlig lägre priser när det gäller bohagstransport per kvadratmeter men högre priser för de mer sällsynta uppdragen.

Resultatet har enligt kammarrätten blivit att det vinnande anbudet tilldelats så höga poäng att övriga utvärderingskriterier i praktiken tappat betydelse, trots att kriteriet kvalitet skulle tillmätas större vikt än kriteriet pris. Enligt kammarrätten har utvärderingsmodellen inte säkerställt att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antagits. Leverantörer som har angett marknadsmässiga priser har i stället missgynnats. En sådan utvärderingsmodell uppfyller inte gemenskapsrättens krav på förutsebarhet och likabehandling.

Vidare bör nämnas att Kammarrätten i Stockholm i sin dom av den 3 juli 2009, mål nr 3014-09, hade att pröva om SL i sin tunnelbaneupphandling, genom att i förfrågningsunderlaget inte uttrycka viktning av tilldelningskriterierna totalpris och kvalitet i procent, kvotdelar eller liknande, frångått vad som anges beträffande kriterieviktningen i artikel 55.2 i försörjningsdirektivet. I förfrågningsunderlaget redogörs för en utvärderingsmodell enligt vilken de offererade priserna beläggs med ett fiktivt prispåslag beroende på de poäng som anbudsgivarna erhåller vid utvärderingen av tilldelningskriteriet kvalitet.

Veolia överklagade SL:s tilldelningsbeslut och menade att SL:s utvärderingskriterier totalpris och kvalitet inte är relativt viktade på det sätt som anges i artikel 55.2 i försörjningsdirektivet 2004/17/EG. Veolia anförde även att SL:s metod att ”sammanväga” utvärderingskriterierna stred mot såväl försörjningsdirektivet som transparensprincipen, eftersom utvärderingskriteriernas inbördes förhållande därmed inte är konstant utan skiftar från anbud till anbud. Eftersom det enligt SL:s poängsättningsmatris stod SL fritt att välja om ett anbud skulle tilldelas 6 eller 7 poäng inom betyget bra respektive 8 eller 9 poäng inom betyget mycket bra ledde utvärderingsmodellen till ett godtyckligt resultat vilket ansågs ge SL fri prövningsrätt. Veolia ansåg att arten av överträdelserna medförde att anbudsgivarna inte kunnat avge sina anbud med tillräcklig insikt om vad som kommer tillmätas betydelse vid utvärderingen av anbudet.

Bestämmelserna om viktning för försörjningssektorerna skrevs in i det nya försörjningsdirektivet, 2004/17/EG. Bestämmelserna om viktning återfinns i artikel 55.2 i direktiv 2004/17/EG och syftar till att säkerställa att de EG-rättsliga principerna om likabehandling och transparens iakttas, så att de offentliga upphandlingarna kan öppnas upp även för företag i andra medlemsstater. Kravet på viktning innebär således att en upphandlande enhet som tillämpar upphandlingsförfarandet ekonomiskt mest fördelaktiga anbud, i förväg ska ange hur de olika tilldelningskriterierna som den valt kommer att viktas inbördes. Endast när den upphandlande enheten anser att viktning inte är möjligt av påvisbara skäl, ska den i stället ange kriterierna i fallande prioritetsordning. Den relativa viktningen ska anges i annonsen om upphandling, i inbjudan att bekräfta intresse, i inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar eller i förfrågningsunderlaget.

Bestämmelserna om viktning är ovillkorliga och tillräckligt precisa för att ha direkt effekt. Det innebär att när SL påbörjade upphandling av skötseln av tunnelbanetraffiken i oktober

2007, var företaget skyldigt att tillämpa bestämmelserna om viktning av tilldelningskriterierna.

Enligt kammarrättens uppfattning är emellertid den valda metoden förutsägbar och garanterar att samtliga anbudsgivare behandlas lika och samtidigt får möjlighet till nödvändig grad av insyn. Utvärderingsmodeller som möjliggör sådan insyn att den anbudsgivare som lämnat ett så lågt anbud att det påverkar övriga anbudsgivare har i praxis inte ansetts leda till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Att de aktuella tilldelningskriterierna kommer att variera beroende på bedömningen av de anbud som lämnats är enligt kammarrättens mening naturligt och kan inte anses vara något unikt för just denna upphandling. Kammarrätten konstaterade att:

”De anbudsgivare som förekommer i den aktuella upphandlingen får antas vara kompetenta att göra erforderliga överväganden utifrån vad som angetts i förfrågningsunderlaget och det måste ha legat i deras intresse att erbjuda en i alla avseenden hög kvalitet för att komma i fråga för tilldelning av uppdraget som entreprenör för tunnelbanedriften i Stockholm. I alla upphandlingar förekommer värderingar av anbuderna som görs av den upphandlande enheten/myndigheten. Att en anbudsgivare på förhand genom att ta del av förfrågningsunderlaget ska kunna förutse utfallet av värderingen av sitt anbud är inte möjligt. Sammanfattningsvis anser kammarrätten att SL, genom att i förfrågningsunderlaget inte uttrycka viktning av tilldelningskriterierna totalpris och kvalitet i procent, kvotdelar eller liknande, inte frångått vad som anges beträffande kriterieviktningen i artikel 55.2 i försörjningsdirektivet. Inte heller har Veolia visat att SL i upphandlingen frångått kraven på likabehandling och transparens. På grund härav och med hänvisning till vad Konkurrensverket har anfört i sitt yttrande om den inbördes viktningen av tilldelningskriterierna som gjorts i utvärderingsmodellen finns inte skäl att med anledning av vad Veolia i förevarande hänseende anfört besluta att upphandlingen ska rättas eller göras om”.

Slutligen kan nämnas kammarrättens i Göteborg dom av den 10 juli 2009, mål nr 2295-09, där kammarrätten ansåg förfrågningsunderlaget var bristfälligt, då det inte gav någon ledning för en anbudsgivare i vad som närmare avses med ”hög kvalitet” respektive ”kompetenser och resurser som väl tillgodoser den ombyggnad som anbudsförfrågan avser”. Kammarrätten ansåg därför att principerna för poängsättningen gav ett stort utrymme för godtycke och i princip medförde en fri prövningsrätt för kommunen. Eftersom anbudsgivaren ansågs ha saknat möjlighet att förutse vad som kan komma att tillmätas betydelse vid prövningen av anbuderna stred formuleringarna mot kraven på transparens och likabehandling. Då anbudsgivaren ansågs ha lidit skada fanns därför skäl för ingripande enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU. Eftersom det var fråga om brister i förfrågningsunderlaget var endast en rättelse inte tillräcklig utan upphandlingen måste göras om.

3.1.3 Utvärderingsmodellen i den aktuella upphandlingen

Frågan är således om den utvärderingsmodell som FMV använt sig av i upphandlingen mot bakgrund av ovan redovisad rättspraxis uppfyller de krav på tydlighet, förutsebarhet och likabehandling som följer av de upphandlingsrättsliga principerna och 1 kap. 9 § LOU.

Skyldigheten att i förväg redovisa tilldelningskriterierna och alla de omständigheter som kan vara av betydelse vid bedömningen av anbudet, framgår även en omfattande rättspraxis från EG-domstolen, senast från domstolens dom i mål C-532/06, Lianakis.³³ Där uttalar domstolen att syftet med upphandlingsbestämmelserna är att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och att skydda de ekonomiska aktörers intressen. För att säkerställa att detta syfte uppnås, måste upphandlande myndigheter behandla anbudsgivarna lika under hela förfarandet, vilket innebär att de i vederbörlig ordning ska informera om de kriterier och villkor som aktualiseras i samband med varje upphandling.

I *Annex 5 Evaluation Model* i det nu aktuella förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande:

Tenders will be evaluated through the evaluation model described in this document. The evaluation parameters are designed to evaluate the perceived level of offered value to the customer.

Individual requirements are usually not identifiable as individual parameters in the evaluation model as value normally is created by a combination of several requirements, sometimes even from different disciplines (technical, commercial, programme etc).

Value to customer shall be understood as a balance between:

- *Low costs though life (LCC)*
- *Performance, functionality, and flexibility of the system and the military units operating the system*
- *Flexibility and freedom of use*
- *Industry commitments*
- *Confidence in planning and avoidance of risks*

This implies that there are in most cases several alternative ways to create value. Innovative proposals creating value are therefore welcome and will be appreciated in the evaluation.

The parameters in the evaluation model are weighted depending on their perceived importance. Industry proposals will be assessed and assigned a grade in accordance with the scale below and the grade will be multiplied with the weight factor.

Utvärderingsskalan bygger på följande poängsättning: 10 Outstanding, 9 Excellent, 8 Very good, 7 Good, 6 More than sufficient, 5 Sufficient, 4 Acceptable, 3 Barely acceptable, 2 Not

³³ C-532/06, Lianakis m.fl., p. 39 och 40.

acceptable, 1 Not acceptable, 0 No commitment. Därefter anges hur de olika parametrarna kommer att viktas i förhållande till de fem olika faktorer som listas ovan.

Det är självklart så att bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska göras ur den upphandlande myndighetens synvinkel, men det framgår också numer av upphandlingslagstiftningen att den upphandlande myndigheten måste ange hur de olika kriterierna ska viktas inbördes.³⁴ Vad gäller upphandlingar enligt kap. 15 LOU kan kriterierna även anges i fallande prioriteringsordning. Viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioriteringsordning ska anges i annonsen om upphandlingen och förfrågningsunderlaget.³⁵ Inledningsvis kan konstateras att utvärderingsmodellen som sådan ser ut att uppfylla de krav man kan ställa på den här typen av modeller. Det är uppdelad i fem huvudkriterier med ett stort antal underkriterier till varje huvudkriterium. Varje kriterium har också försetts med en kvotdel som visar hur det kriteriet kommer att viktas i förhållande till de andra kriterierna. För att kunna utvärdera de olika kriterierna används en poänggivande skala från ett till tio, där tio är det högsta betyget. Så långt synes utvärderingsmodellen uppfylla de krav som uppställs enligt upphandlingslagstiftningen. Samtidigt uppvisar den vid en närmare granskning några element som ter sig besvärliga.

För det första kan konstateras att vissa utvärderingskriterier såsom pris och vissa funktionskrav torde vara tydligt mätbara. Trots detta innehåller förfrågningsunderlaget inte några riktmärken under vilka förutsättningar som de olika poängen (1–10) ska uppnås. Detta innebär att det inte i efterhand är möjligt att veta på vilken grund som FMV tilldelat poängen vid varje enskilt kriterium. Det kan därför inte uteslutas att det kan ligga subjektiva värderingar bakom poängsättningen baserad på det något godtyckliga ”*offered value to the customer*”, även om kriterierna i sig är objektiva. Eftersom det rör sig om en s.k. funktionsupphandling är det därför viktigt att tydligt ange vad som kommer att medföra ett bra betyg respektive vad som kommer att medföra ett mindre bra betyg.

Det finns därför ett stort mått av osäkerhet inbyggt i formuleringen att ”*there are ... several alternative ways to create value. Innovative proposals creating value are therefore welcome and will be appreciated in the evaluation.*” Det är vanligt att man vid funktionsupphandlingar efterlyser olika innovativa och kreativa lösningar, men det är en central utgångspunkt att man i dessa fall tydligt preciserar vad som anses vara innovativt och kreativt på ett sådant sätt att alla anbudsgivare behandlas på ett likvärdigt sätt. Kan man inte ange de objektiva grunderna för hur sådana innovativa lösningar ska värderas och på så sätt skapa ett mervärde finns en betydande risk för subjektivitet och ”*cherry picking*”, vilket strider mot de krav på transparens och likabehandling som följer av EG-domstolens praxis.³⁶ Det är centralt att ett kvalitetsmått definieras och att sammanvägningen mellan pris och kvalitet görs ”på ett transparent och motsägelsefritt sätt som överensstämmer med målen för lagstiftningen”.³⁷ Det spelar alltså

³⁴ Se 12 kap. 2 § LOU.

³⁵ Se även prop. 2006/07:128, s. 247 ff., samt Forsberg, *Upphandling enligt LOU, LUF och LOV*, 2009, s. 124 f.

³⁶ Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2005, s. 509 ff. och s. 519–522, Steimicke & Groesmeier, *EU's Udbudsdirektiver*, 2008, s. 1254 f., samt de ovan nämnda rättsfallen C-31/87, Beentjes, C-19/00, SIAC, och C-513/99 Concordia Bus.

³⁷ Molander, *Regelverk och praxis i offentlig upphandling*, Rapport till expertgruppen för studier i offentlig ekonomi (ESO) 2009:2, s. 48.

ingen roll om de kriterier som ska viktas mot varandra, och som i sig kan vara objektivt oantastliga, till viss del baseras otydlig eller subjektiv poängsättning.

Den stora vikt som domstolarna lagt vid tydlighet och likabehandling,³⁸ enligt vad som redovisats ovan, bör därför poängteras. Det nu ifrågavarande överklagandet uppvisar vissa likheter med det ovan anförda fallet rörande SL:s tunnelbaneupphandling, Kammarrättens i Stockholm dom av den 2 juli 2009, mål nr 3014-09. Samtidigt föreligger också skillnader. En skillnad mot det nuvarande fallet är att målet rörande tunnelbaneupphandlingen i första hand rörde kriteriernas inbördes viktning, medan det i det nu ifrågavarande fallet inte råder någon större oklarhet om hur de olika kriterierna viktas mot varandra – däremot är det ett antal faktorer som sedan lagts till grund för viktningen som är oklara, däribland att FMV vid de olika förhandlingarna inte förefaller ha följt en på förhand fastställd dagordning, att FMV vid förhandlingarna tillfört nya förutsättningar för utvärderingen av anbudena, som inte framgår av förfrågningsunderlaget samt gjort förändringar av skall-kraven i förhållande till vad som ursprungligen angavs i förfrågningsunderlaget.

Den största skillnaden gentemot SL:s tunnelbaneupphandling ligger dock i osäkerheten om vad som poängsatts och hur poängsättningen går till. Som även redovisas i FMV:s yttrande till länsrätten av den 17 juli (s. 11) använde sig FMV inledningsvis av en *Request For Information* (RFI) i syfte att undersöka marknaden och identifiera potentiella anbudsgivare med avseende på intresse, förmåga och kapacitet att ifrågakomma som leverantör.

”Genom ... RFI:n skapade sig FMV en uppfattning om vilka ungefärliga priser för anskaffning och kostnader för drift och underhåll som kunde förväntas. På grundval av bl. a. den informationen, främst med hänsyn till den därvid konstaterade spridningen av priser och drift- och underhållskostnader, *konstruerades innan anbudena öppnades en matematisk funktion i form av en linjär skala i intervallet 1 till 7 (anskaffningspriset) respektive 2 till 8 (drift- och underhållskostnader). Med tillämpning av dessa matematiska funktioner skedde sedan betygssättningen i intervallet 1 till 10, precis som angivits i förfrågningsunderlaget. Genom att tillämpa betygsskalorna har pris-/kostnadsjämförelserna inte varit relativa i bemärkelsen att varje anbuds betyg avseende anskaffningspris respektive drift- och underhållskostnader varit beroende av övriga anbudsgivares.*” Vår kursivering.

Det är dessa faktorer och inte utvärderingsmodellen som sådan som orsakat otydlighet och brist på transparens vid upphandlingen. I synnerhet genom tillskapandet av en matematisk funktion efter det att förfrågningsunderlaget presenterats, men innan anbudena öppnas. Det torde vara av stor betydelse för anbudsgivarna att inte enbart känna till hur de olika kvotdelarna ska viktas mot varandra utan att framför allt få information om hur en poängsättning kommer att göras. Att i efterhand konstruera en modell mot bakgrund av den

³⁸ Här kan även infogas den bedömning som NOU gjorde i sitt yttrande 2005-10-17, dnr 2004/0024-26, ”Av likabehandlingen följer att anbudsgivarna skall ges lika möjligheter att utarbeta sina anbud och de skall behandlas lika när anbudena prövas av den upphandlande myndigheten. Principen om likabehandling leder vidare till att de som har intresse att erhålla ett kontrakt skall ha möjlighet till insyn, så att man kan kontrollera att principerna iakttas. Detta innebär i synnerhet att tilldelningskriterierna skall vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.”

RFI som gjordes inledningsvis torde kunna ge ett slumpartat utfall då anbudsgivarna inte på förhand fått information om hur poängsättningen skulle komma att ske.

Som konstateras i det yttrande av Konkurrensverkets som finns medtaget i kammarrättens dom avseende SL:s tunnelbaneupphandling (se ovanstående avsnitt) framgår tydligt att de centrala momenten i SL:s utvärderingsmodell var viktningen av Totalpris och Kvalitet, även om det inte helt framgick hur viktningen skulle komma att göras. Det stod dock hela tiden klart för anbudsgivarna att det var just dessa kriterier som var de centrala. I det nu ifrågavarande fallet har det inte rått något tvivel om hur de olika kvotdelarna skulle komma att viktas mot varandra. Däremot har den upphandlande myndigheten först i efterhand bestämt hur betygssättningen för vissa av kvotdelarna skulle ske och även först under förhandlingen preciserat vilket kostnadsunderlag den ville ha. Eftersom anbudsgivarna därmed måste anses ha saknat möjlighet att förutse vad som kan komma att tillmätas avgörande betydelse vid prövningen av anbuden torde förfarandet strida mot kraven på transparens och likabehandling, då sådan information borde ha lämnats till anbudsgivarna innan dessa lämnade in sina anbud, dvs. redan i förfrågningsunderlaget.

Umeå 29 juli 2009

Tom Madell

Tobias Indén