

RÅ 2010 ref. 97

Fråga om en ramavtalsupphandling där förfrågningsunderlaget som metod för tilldelning av kontrakt anger såväl bästa anbud som förnyad konkurrensutsättning är förenlig med lagen om offentlig upphandling.

1 kap. 9 §, 5 kap. 2 §, 6 § och 7 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Göteborgs Stad Upphandlings AB (upphandlingsbolaget) genomförde en upphandling av tekniska konsulter, UHB dnr 229/08. Upphandlingen avsåg ramavtal för perioden 2009-2010. Sista dag att lämna anbud var den 2 december 2008 och tilldelningsbeslut hade vid tidpunkten för begäran om överprövning inte meddelats.

Agera VVS-Design AB m.fl. (bolagen) begärde överprövning och yrkade att länsrätten skulle besluta att upphandlingen skulle avbrytas och göras om. De anförde i huvudsak följande till stöd för sin talan. Förfrågningsunderlaget står i strid med lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Ramavtal med flera leverantörer ska antingen föreskriva samtliga villkor för avrop eller inte göra det. Det är inte möjligt att kombinera avrop enligt rangordning och avrop efter förnyad konkurrensutsättning i ett och samma ramavtal. Om detta ändå skulle tillåtas måste förutsättningarna för när avrop enligt rangordning respektive förnyad konkurrensutsättning ska tillämpas vara mycket tydliga och framgå av förfrågningsunderlaget. I det intervall där de båda alternativen är möjliga överlämnas till de upphandlande myndigheterna att avgöra vilken metod som ska användas för uppdragen, vilket innebär att de grundläggande principerna om transparens inte är uppfyllda. - Av förfrågningsunderlaget i fråga om avrop enligt rangordning går inte att utläsa hur utvärderingen av anbuden ska gå till och enligt vilka kriterier de kommande avropen ska ske. En fast rangordning eller fördelningsnyckel saknas. Det är inte tillåtet enligt LOU att låta den upphandlande myndigheten avgöra om den leverantör som är nummer ett i avropsordningen har erforderlig erfarenhet och kompetens. De upphandlande myndigheterna får en obegränsad frihet att välja vilken leverantör de önskar vid kommande avrop. - I fråga om förnyad konkurrensutsättning framgår inte kriterierna för senare tilldelning av kontrakt av förfrågningsunderlaget, vilket står i strid med LOU och principerna om transparens och förutsebarhet. - Anbud ska lämnas elektroniskt via ett s.k. ChamberSign-konto, vilket kan skaffas till en kostnad av 350 kr. Detta förfarande är inte icke-diskriminerande och allmänt tillgängligt som föreskrivs i 9 kap. 2 § LOU. - Till följd av de felaktigheter som har begåtts i upphandlingen kommer sökandena att lida skada.

Upphandlingsbolaget bestred att upphandlingen skulle strida mot LOU och yrkade att länsrätten skulle avslå bolagens begäran och upphäva det interimistiska beslutet så att upphandlingen kunde avslutas. Till stöd för sin talan anförde upphandlingsbolaget bl.a. följande. Upphandlingen omfattar mindre konsultuppdrag under 40 prisbasbelopp, dvs. under tröskelvärdet. Syftet med ramavtal under detta belopp är att kvalitetssäkra leverantörer till staden, ge kostnadseffektivitet och förenkla för både beställare och leverantörer. Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt hur ramavtalet ska användas. Det finns inte någonstans i LOU angivet att den ena tilldelningsmetoden vid ett ramavtal skulle utesluta den andra i samma upphandling och avtal, så länge förutsättningarna finns tydligt beskrivna. Det torde vara en självklarhet att olika modeller kan kombineras i linje med lagstiftarens intentioner och marknadens önskan.

Länsrätten beslutade den 22 december 2008 att upphandlingen inte fick avslutas innan något annat beslutats.

Länsrätten i Göteborg

Länsrätten i Göteborg (2009-01-22, ordförande Schiller) yttrade: Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. - Rätten ska, enligt 16 kap. 2 § LOU, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först efter att rättelse gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit skada eller kan komma att lida skada. - LOU tillämpas på kontrakt vilkas värde beräknas uppgå till minst de belopp (tröskelvärden) som Europeiska gemenskapernas kommission vid varje tid har beslutat och lämnat meddelande om. Värdet av ett ramavtal ska beräknas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga de kontrakt som planeras under ramavtalets löptid (3 kap. 1 och 13 §§ LOU). - Tröskelvärdet för en kommuns upphandling enligt LOU är, enligt tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling, 206 000 euro eller 1 911 155 kr. - Om ett ramavtal ingås med flera leverantörer får enligt 5 kap. 6 § LOU tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud. Kontrakt ska tilldelas den leverantör som lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor sin angetts i ramavtalet. - Om ramavtal ingåtts med flera leverantörer och inte alla villkor är angivna i ramavtalet ska, enligt 5 kap. 7 § LOU, parterna inbjudas att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet. - I förarbetena till LOU anges följande i fråga om tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal med flera leverantörer. ”Om ett ramavtal ingåtts med flera leverantörer tilldelas kontrakt som grundar sig på ramavtalet antingen genom tillämpning av villkoren i ramavtalet, eller, om alla villkor inte är fastställda i ramavtalet, efter en förnyad konkurrensutsättning. Om det är fråga om ett ramavtal med flera leverantörer utan krav på en förnyad konkurrensutsättning, sker tilldelning av kontraktet, om inte särskilda skäl föranleder annat, enligt en i ramavtalet fastställd rangordning eller annan anvisning.” (prop. 2006/2007:128, s. 169). - Av förteckning över tjänstekontrakt (A-tjänster) i Bilaga 2 till LOU framgår att kategori 12 avser bl.a. tekniska konsulttjänster. - Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. att upphandlingen omfattar mindre konsultuppdrag som kan bestå av framtagning av underlag för förstudier och program för ny- och ombyggnad, tekniska utredningar samt mindre projektuppdrag. Uppdragen är tänkta att stödja de avropande enheterna vid genomförande av om- och nybyggnadsuppdrag samt underhåll och fastighetsförvaltning. Den totala upphandlingsvolymen är ca 150 mkr per år. Upphandlingen omfattar, såvitt gäller begäran om överprövning, ramavtal dels för avrop upp till och med 20 prisbasbelopp och dels som underlag för förnyad konkurrensutsättning för uppdrag mellan 5-40 prisbasbelopp. Modellen för kontraktstilldelning innehåller två möjligheter, beställning av en leverantör enligt rangordning där alla villkor redan är fastställda eller förnyad konkurrensutsättning där alla antagna leverantörer ska tillfrågas. - Länsrätten gör följande bedömning. - De tjänster som upphandlingen avser är s.k. A-tjänster. Eftersom det i förfrågningsunderlaget framgår att den årliga upphandlingsvolymen uppgår till ca 150 mkr överstiger ramavtalets värde tröskelvärdet. Det innebär att bestämmelserna i 5 kap. LOU om ramavtal är tillämpliga på upphandlingen. Fråga är om de båda alternativen för ett ramavtal, avrop från ett avtal med alla villkor fastställda och förnyad konkurrensutsättning från ett avtal vars villkor inte fastställts, kan kombineras i ett och samma ramavtal. Sökandena har anfört att de upphandlande myndigheterna har val rätt i fråga om metoden för tilldelning av kontrakt med värde mellan 5-20 prisbasbelopp. - Med hänvisning till vad som enligt ovan uttalats i förarbetena till LOU angående ramavtal måste, enligt länsrättens mening, bestämmelserna i 5 kap. 6 och 7 §§ LOU tolkas så att villkoren för kontraktstilldelning antingen måste vara fastställda redan i ramavtalet eller inte vara det. Det finns därför inte utrymme till förnyad konkurrensutsättning inom ramen för ett ramavtal där alla villkor fastställts och de antagna leverantörerna rangordnats för avrop. Den kombination av ramavtal som upphandlingsbolaget har använt för upphandlingen är således inte förenlig med lagens krav. Sökandena måste härigenom anses ha orsakats sådan skada att skäl finns för att besluta att upphandlingen ska göras om. - Länsrätten bifaller bolagens begäran om överprövning på så sätt att länsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Kammarrätten i Göteborg

Upphandlingsbolaget överklagade länsrättens dom hos kammarrätten och yrkade att kammarrätten, med ändring av domen, skulle besluta att upphandlingen inte behövde göras om. Upphandlingsbolaget anförde i huvudsak följande. Det finns inget förbud mot att kombinera urvalsmodellerna rangordnad och förnyad konkurrensutsättning i ett och samma ramavtal. Däremot finns det bara två sätt hur en le-

verantör får väljas inom ramen för ett ramavtal; genom rangordning eller förnyad konkurrensutsättning. Ett ramavtal kan därför, i enlighet med lagens krav, kombinera dessa två urvalsmodeller under förutsättning att endast en av dessa urvalsmodeller används vid val av leverantör i respektive avrop. Bestämmelserna i 5 kap. 6 och 7 §§ LOU tar alltså inte sikte på formen för ramavtalet i fråga, utan endast på metoden att tilldela utvalda leverantörer kontrakt under ramavtalet. Det är fullt möjligt att upphandla ett ramavtal och i detta ramavtal ange att kontrakt kommer att tecknas genom avrop eller förnyad konkurrensutsättning. - Ett alternativ till att använda båda urvalsmodellerna i samma ramavtal är att genomföra dubbla ramavtalsupphandlingar på i princip samma förfrågningsunderlag där leverantörer i det ena ramavtalet ska väljas enligt urvalsmodellen för rangordnat urval och leverantörerna i det andra ramavtalet ska väljas enligt urvalsmodellen för förnyad konkurrensutsättning. Att hantera båda urvalsmodellerna i samma ramavtal eller genomföra dubbla ramavtalsupphandlingar ger varken den upphandlande myndigheten större eller mindre möjligheter att välja vilken av urvalsmodellerna som ska tillämpas för ett specifikt avrop eftersom den upphandlande myndigheten vid dubbla ramavtalsupphandlingar fritt kan välja vilket ramavtal avrop ska ske från. - Ett grundläggande krav är att ramavtalsupphandlingen lever upp till principerna som LOU vilar på. Ingen av dessa principer riskerar att äventyras om den upphandlande myndigheten väljer urvalsmodell från ett och samma ramavtal alternativt väljer urvalsmodell genom att välja mellan två ramavtal med respektive urvalsmodell. En leverantör kan därför inte sägas hamna i sämre position och därför inte heller lida någon skada om de båda urvalsmodellerna tillämpas i samma ramavtal givet att endast en urvalsmodell används för respektive avrop. Det övergripande motivet med bestämmelserna om ramavtal i LOU är att upphandling av ramavtal ska vara mer kostnadseffektivt både för de upphandlande myndigheterna och för leverantörerna. Ramavtal erbjuder således en högre grad av flexibilitet. För det fall den upphandlande myndigheten inte tillåts att kombinera urvalsmodellerna kommer den upphandlande myndigheten, såväl som leverantörerna, att vara tvungna att hantera två ramavtalsupphandlingar i stället för en och därmed även hantera dubbelt så många anbud. Denna mer flexibla ordning är utbredd på marknaden och tillämpas av samtliga av regeringens myndigheter (Sveriges Riksbank, Riksgäldskontoret, Finansinspektionen m.fl.) bl.a. i samband med upphandling av juridiska tjänster.

Bolagen yrkade att överklagandet skulle avslås och anförde bl.a. följande. För det fall kammarrätten skulle finna att det är förenligt med LOU att kombinera avrop enligt rangordning med avrop efter förnyad konkurrensutsättning i ett och samma ramavtal yrkar bolagen att målet återförvisas till länsrätten för prövning av bolagens där anförda övriga skäl till varför upphandlingen ska göras om. I sista hand yrkar bolagen att kammarrätten beslutar att upphandlingen ska avbrytas och göras om. Bolagen hänvisar till vad de anför i länsrätten och tillägger följande. Det är inte förenligt med LOU att kombinera avrop enligt rangordning och avrop efter förnyad konkurrensutsättning i ett och samma ramavtal. Att tillåta det skulle därutöver strida mot principen om förutsebarhet och transparens. Under alla förhållanden är den här aktuella avropsmodellen oförenlig med LOU då det inte framgår av förfrågningsunderlaget under vilka förutsättningar som respektive förfarande ska tillämpas. I förevarande upphandling har denna fråga lämnats till de avropande myndigheterna att avgöra (för uppdrag mellan 5 och 20 prisbasbelopp). Förfarandet strider således under alla förhållanden mot LOU och den EG-rättsliga principen om transparens. Bolagen bestrider i och för sig att förfarandet är utbrett på marknaden. Huruvida tillämpningen är utbredd eller inte saknar dock givetvis betydelse för frågan om förfarandet är tillåtet eller inte. Upphandlingsbolaget har vidare anført att bolagen inte skulle lida någon skada av att båda urvalsmodellerna förenades i ett ramavtal då de kan begära överprövning både i samband med den förnyade konkurrensutsättningen och i samband med avrop enligt rangordningslista. Att bolagen även senare skulle ha en möjlighet att begära överprövning innebär inte att de inte lider skada eller skulle sakna rätt att överpröva upphandlingen redan nu; jämför leverantörens möjlighet/rätt att begära överprövning av ett felaktigt förfrågningsunderlag redan då han får del av det, alternativt avvakta till dess att tilldelningsbeslutet meddelas. Har en felaktighet begåtts i en upphandling bör denna givetvis rättas till så snart som möjligt. - Bolagen hänvisar till den danska Konkurrencestyrelsens uttalande den 27 januari 2009, varav framgår att det är Konkurrencestyrelsens uppfattning att det strider mot upphandlingsreglerna, och särskilt mot transparensprincipen, att kombinera avrop enligt rangordning med avrop efter förnyad konkurrensutsättning i ett och samma ramavtal.

Kammarrätten i Göteborg (2009-04-27, Nordberg, Nilsson, referent, Sundberg) yttrade: Kammarrätten anser att den kombination av urvalsmodeller i ett och samma ramavtal som är aktuell i målet strider mot principerna om förutsebarhet och transparens. Den kan därför - även om förfarandet är kostnadseffektivt - inte godtas. Upphandlingsbolagets invändning om leverantörernas möjligheter att begära överprövning såväl

i samband med förnyad konkurrensutsättning som vid avrop från rangordnade anbud föranleder ingen annan bedömning. Mot denna bakgrund finner kammarrätten lika med länsrätten att upphandlingen måste göras om. Överklagandet ska således avslås. - Kammarrätten avslår överklagandet.

Regeringsrätten

Upphandlingsbolaget överklagade kammarrättens dom och yrkade att Regeringsrätten skulle undanröja underinstansernas domar och besluta att upphandlingen inte skulle göras om. Upphandlingsbolaget yrkade vidare att Regeringsrätten skulle inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Upphandlingsbolaget anförde i huvudsak följande. Det finns inte något förbud i LOU mot att kombinera tilldelningsmodellerna bästa anbud (5 kap. 6 §) och förnyad konkurrensutsättning (5 kap. 7 §) i samma ramavtal. Det finns däremot ett tydligt krav på att när ett avrop ska ske detta avrop ska baseras på grundmodellen för tilldelning enligt bästa anbud eller förnyad konkurrensutsättning. Upphandlingsbolaget anser att en upphandlande myndighet kan genomföra två olika ramavtalsupphandlingar avseende samma slags varor, tjänster eller byggentreprenader med rangordning i den ena ramavtalsupphandlingen och förnyad konkurrensutsättning i den andra ramavtalsupphandlingen. Eftersom det inte finns något förbud mot att genomföra två olika ramavtalsupphandlingar avseende samma slags varor, tjänster eller byggentreprenader med olika tilldelningsmetoder kan det inte finnas skäl för ett förbud mot att tillämpa olika tilldelningsmetoder i en och samma ramavtalsupphandling. Anbudslämnarna kommer att vara fullt informerade om att de två tilldelningsmodellerna kan användas av den upphandlande myndigheten. Kravet på transparens måste därmed vara uppfyllt. Principerna om förutsebarhet och konkurrens är inte tillämpliga på den upphandlande myndighetens val av tilldelningsmodell. En annan sak är att kraven på förutsebarhet och transparens gäller fullt ut i förhållande till kriterierna för val av leverantör inom respektive tilldelningsmodell. Ska en förnyad konkurrensutsättning ske ska alla behandlas lika vid den förnyade konkurrensutsättningen. Ska en rangordning ske ska den ske på villkor som innebär att alla leverantörer behandlas lika. Likabehandlingen kan däremot inte tillämpas vid valet mellan de två olika tilldelningsmetoderna eftersom modellerna som sådana är de alternativ som ska tillämpas enligt LOU vid tilldelning av kontrakt. Det föreligger tvivel om huruvida en myndighet kan upphandla ett ramavtal som innebär att myndigheten i ett och samma ramavtal kan välja om tilldelningsmodellen bästa anbud eller förnyad konkurrensutsättning ska tillämpas vid ett avrop från ramavtalet. Det är nödvändigt att erhålla ett auktoritativt svar på denna fråga för att kunna avgöra målet. Ett förhandsavgörande angående tolkningen av unionsrätten i denna fråga bör därför inhämtas från EU-domstolen.

Bolagen bestred bifall till överklagandet. För det fall Regeringsrätten skulle finna att det är förenligt med LOU att kombinera avrop enligt bästa anbud med avrop efter förnyad konkurrensutsättning i ett och samma ramavtal, anser bolagen att målet bör visas åter till förvaltningsrätten för prövning av bolagens där anförda övriga skäl till varför upphandlingen ska göras om. Yrkandet om inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen bestrids. - Bolagen anförde bl.a. följande. För uppdrag till ett värde mellan 5 och 20 prisbasbelopp har frågan om när respektive tilldelningsmodell ska tillämpas lämnats till de avropande myndigheterna att avgöra. Reglerna om förnyad konkurrensutsättning förutsätter att samtliga villkor inte fastställts i det underliggande ramavtalet. Ett ramavtal kan inte samtidigt föreskriva samtliga villkor och inte göra det. Det är därför inte förenligt med LOU att kombinera avrop enligt bästa anbud och avrop efter förnyad konkurrensutsättning i ett och samma ramavtal. Övervägande skäl talar för att de båda tilldelningsmetoderna är avsedda att vara alternativa på så sätt att den upphandlande myndigheten tillämpar antingen 5 kap. 6 § LOU och upphandlar den typen av avtal eller 5 kap. 7 § varvid upphandlingen avser ett annat slags ramavtal. Även om Regeringsrätten skulle finna att en upphandlande myndighet vid en upphandling av ett ramavtal får kombinera de båda tilldelningsmetoderna måste principerna för när respektive tilldelningsmodell ska tillämpas vara tydligt fastställda, framgå av förfrågningsunderlaget och inte lämnas till de avropande myndigheternas fria skön.

Konkurrensverket inkom efter begäran från Regeringsrätten med yttrande i vilket verket anförde bl.a. följande.

24. Ordalydelsen i artikel 32.4 direktiv 2004/18/EG om att tilldelning av kontrakt ska ske antingen genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan eller, om inte alla villkor är fastställda i ramavtalet, efter det att parterna blivit föremål för förnyad inbjudan att lämna anbud, kan rent språkligt uppfattas som att förekomsten av de båda urvalsmodellerna i ett och samma ramavtal inte är tillåtet. Den systematiska indelningen av föreskrifterna i artikel 32 direktiv 2004/18/EG respektive 5 kap. LOU kan likaså tolkas som att urvalsmodellerna är avsedda att vara alternativa och därför inte kan användas

i ett och samma ramavtal. Bestämmelserna kan emellertid också läsas som endast ett förbud mot att vid en och samma kontraktstilldelning använda de båda urvalsmodellerna samtidigt.

25. De aktuella bestämmelsernas ordalydelse kan således inte tillmätas någon avgörande vikt, utan deras tillämpningsområde bör enligt Konkurrensverkets mening i stället bestämmas med utgångspunkt i de ändamål som bär upp de gemenskapsrättsliga reglerna om förfarandet vid offentlig upphandling samt med iakttagande av de grundläggande EG-rättsliga principerna, i detta fall särskilt principerna om likabehandling och transparens.

26. Såsom har angetts tidigare ska principerna om likabehandling och transparens iakttas genom hela upphandlingsförfarandet. Det finns alltså inga delar av ett upphandlingsförfarande som kan undantas från dessa krav. Det får vidare anses vara av väsentlig betydelse för potentiella leverantörer i en ramavtalsupphandling att det genom informationen i förfrågningsunderlaget går att skaffa sig vetskap om hur kontraktstilldelningar enligt ramavtalet kommer att ske.

27. Avropande myndigheter har enligt upphandlingsbolagets förfrågningsunderlag i målen en obegränsad valfrihet i fråga om vilken av de båda urvalsmodellerna som ska användas vid tilldelning av kontrakt som beräknas uppgå till ett värde mellan 5 och 20 prisbasbelopp, eftersom det saknas föreskrifter i förfrågningsunderlagen som styr valet av urvalsmodell i dessa situationer. Avsaknaden av objektiva och tydliga kriterier för när vilken av de två urvalsmodellerna ska användas medför enligt Konkurrensverket en uppenbar risk att avropande myndigheter vid valet av urvalsmodell låter sig styras av andra hänsyn än rent ekonomiska. Leverantörer har inga möjligheter att utifrån ramavtalens förfrågningsunderlag ta reda på vilka omständigheter som avropande myndigheter kommer att tillmäta betydelse vid valet av urvalsmodell. Inte heller går det att kontrollera huruvida valet av urvalsmodell sker opartiskt, att alla leverantörer vid detta moment behandlas lika samt att ramavtalen inte används på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.

28. De aktuella föreskrifterna i upphandlingsbolagets förfrågningsunderlag kan således inte anses uppfylla kraven på likabehandling och transparens och strider därför enligt Konkurrensverkets mening mot bestämmelserna i artikel 32.2 och 32.4 direktiv 2004/18/EG samt 5 kap. 2 och 6-7 §§ LOU.

29. Av samma skäl kan ett förfarande där den upphandlande myndigheten i stället genomför två olika ramavtalsupphandlingar avseende samma slags varor, tjänster eller byggtreprenader och som ger avropande myndigheter en frihet motsvarande den som föreligger i förevarande mål att välja urvalsmodell vid kontraktstilldelning, enligt Konkurrensverkets mening inte heller anses uppfylla kraven på likabehandling och transparens och skulle därmed likaså stå i strid med bestämmelserna i artikel 32.2 och 32.4 direktiv 2004/18/EG samt 5 kap. 2 och 6-7 §§ LOU.

30. Förekomsten av två urvalsmodeller i ett och samma ramavtal innebär inte nödvändigtvis att den avropande myndigheten vid en viss kontraktstilldelning själv kan välja mellan de båda urvalsmodellerna. Om det i förfrågningsunderlaget till ett ramavtal för varje typ av tilldelningssituation föreskrivs tydliga villkor för vilken urvalsmodell som ska användas, och dessa föreskrifter inte lämnar något utrymme för avropande myndighets fria skön, torde invändningar med hänsyn till principerna om likabehandling och transparens inte kunna göras gällande med samma styrka som i de situationer som redogjorts för i punkterna 27 och 29.

31. Enligt Konkurrensverket ska bestämmelserna i artikel 32.2 och 32.4 direktiv 2004/18/EG samt 5 kap. 2 och 6-7 §§ LOU således tolkas så att det inte är tillåtet med föreskrifter i ramavtal som ger avropande myndighet vid tilldelningar av kontrakt avseende en och samma slags vara, tjänst eller byggtreprenad frihet att utan i förväg angivna kriterier välja mellan tillämpning av fastställda villkor och förnyad inbjudan att lämna anbud.

Regeringsrätten (2010-10-19, Almgren, Hamberg, Jermsten) yttrade:

Skälen för Regeringsrättens avgörande

I 1 kap. 9 § LOU sägs att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 5 kap. 2 § LOU framgår att kontrakt som grundar sig på ett ramavtal med flera leverantörer ska tilldelas enligt 5 kap. 6 eller 7 §.

Enligt 5 kap. 6 § LOU får, om ramavtal ingåtts med flera leverantörer, tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud. Kontrakt ska tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet.

I 5 kap. 7 § första stycket LOU sägs att om ramavtal ingåtts med flera leverantörer och om inte alla villkor är angivna i ramavtalet, ska parterna inbjudas att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Beträffande ramavtal uttalas i förarbetena till LOU bl.a. följande. En viktig utgångspunkt inför ett upphandlingsförfarande är att den upphandlande myndigheten tar ställning till om upphandlingen lämpligen bör genomföras genom att använda ramavtal och - om ramavtal väljs - hur upphandlingen ska utformas så att konkurrensen inte påverkas negativt. Ett ramavtal kan antingen innehålla fullständiga villkor för senare anskaffningar på grundval av ramavtalet eller inte göra det. I det senare fallet ska leverantörerna bjudas in för att på nytt lämna anbud på grundval av de villkor som anges i ramavtalet. Från ett leverantörsperspektiv är det viktigt med ett visst mått av förutsägbarhet så att leverantörer som är parter i ramavtal kan uppskatta och planera hur stora resurser som måste avsättas till ett visst ramavtal. Ett krav på ramavtalets innehåll bör därför införas i den meningen att ett ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare kontraktstilldelning måste innehålla villkor i form av rangordning eller annan fördelningsnyckel som säkrar att tilldelningen sker på ett objektiva sätt (prop. 2006/07:128 s. 173 ff.).

Regeringsrätten gör följande bedömning.

Principerna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens och proportionalitet gäller vid all upphandling, således även vid upphandling av ramavtal. Kravet på likabehandling innebär bl.a. att tilldelningskriterierna enligt ett ramavtal inte får ge den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet och kravet på transparens får anses innebära att en leverantör som tar del av förfrågningsunderlaget ska få klart för sig hur tilldelningen av kontrakt enligt ramavtalet kommer att ske. Det är t.ex. av betydelse att veta i vilken mån förnyad konkurrensutsättning blir aktuell eftersom detta är förenat med ytterligare arbete och därmed kostnader. Om det inte är tydligt vad ramavtalet innebär beträffande tilldelningen kan leverantörer komma att avstå från att lämna anbud i upphandlingen av ramavtalet.

Av förfrågningsunderlaget till den aktuella upphandlingen framgår att upphandlingsbolaget anger såväl bästa anbud som förnyad konkurrensutsättning som metod för tilldelning av kontrakt. Annat framgår inte än att avropande myndigheter har fritt skön att välja mellan dessa två tilldelningsmodeller för kontrakt till ett värde som uppgår till mellan 5 och 20 prisbasbelopp. Eftersom upphandlingsbolagets förfrågningsunderlag ger avropande myndigheter en valfrihet i fråga om vilken modell som ska användas vid tilldelning av kontrakt uppfyller det inte kraven på likabehandling och transparens. Upphandlingen har därför inte skett på ett så öppet och förutsägbart sätt som förutsätts i LOU.

Vid denna bedömning uppkommer i målet ingen sådan tolkningsfråga som gör att det finns anledning att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen.

Eftersom upphandlingen har skett i strid med LOU ska upphandlingen, i likhet med vad kammarrätten och länsrätten har kommit fram till, göras om. Överklagandet ska därför avslås.

Regeringsrättens avgörande

Regeringsrätten avslår yrkandet om att förhandsavgörande från EU-domstolen ska inhämtas.

Regeringsrätten avslår överklagandet.

Skiljaktig, Regeringsråden Knutsson och Stenman

Regeringsråden Knutsson och Stenman var av skiljaktig mening och anförde: Upphandlingen avser ramavtal för tekniska konsulter som består i framtagning av underlag för förstudier och program för ny- och ombyggnationer, tekniska utredningar samt mindre projektuppdrag. Enligt förfrågningsunder-

laget gäller bl.a. följande. För tilldelning av kontrakt (avrop) som har ett ekonomiskt värde som beräknas uppgå till maximalt 20 prisbasbelopp får avropande myndighet använda en rangordningslista där alla villkor är fastställda i förväg. Vid avrop/kontraktstilldelning tillämpas alltså principen att leverantör med förmånligaste avtal kommer att tillfrågas först förutsatt att leverantören har tillräcklig kapacitet, kan inställa sig och har erforderlig kompetens. För avrop som uppskattas till ett ekonomiskt värde mellan 5 och 40 prisbasbelopp får förnyad konkurrensutsättning ske. Vid förnyad konkurrensutsättning kan fast pris, krav på viss typ av kunskap och erfarenhet, kvalitet, tillgänglighet, tidpunkt för leverans, leveranstid, genomförandetid, kapacitet samt miljökrav begäras. Alla tidigare antagna leverantörer per kategori ska tillfrågas vid förnyad konkurrensutsättning. - Frågan i målet är om en upphandlande myndighet vid upphandling av ett ramavtal får kombinera de tilldelningsmetoder som anges i 5 kap. 6 § LOU (bästa anbud) och 5 kap. 7 § samma lag (förnyad konkurrensutsättning) i ett och samma ramavtal. - Vi gör följande bedömning. - En enskild medlemsstat bestämmer om direktivets bestämmelser om ramavtal ska genomföras i den nationella lagstiftningen (artikel 32.1). Om en medlemsstat väljer att införa sådana bestämmelser är staten skyldig att anpassa dem till vad som i direktivet föreskrivs om ramavtal. Bestämmelserna i 5 kap. 6 och 7 §§ LOU är en direkt översättning av artikel 32.4 i direktivet. Enligt vår mening går det inte av ordalydelsen av direktivtexten och följaktligen inte heller bestämmelserna i LOU att utläsa ett förbud mot att i ett och samma ramavtal kombinera tilldelningsmetoderna bästa anbud och förnyad konkurrensutsättning. - Nästa fråga att ta ställning till blir om de grundläggande unionsrättsliga principerna om bl.a. likabehandling och transparens som är styrande för tillämpningen av direktivet och LOU (jfr lagens 1 kap. 9 §) ändå leder till att det inte skulle vara tillåtet att upphandla den typ av kombinerade ramavtal som det är fråga om i målet. - Vad nämnda principer innebär för offentlig upphandling diskuteras ingående i förarbetena (prop. 2006/07:128 s. 131 ff.). Allmänt kan sägas att principerna ligger till grund för utformningen av direktivet och i förekommande fall medlemsstaternas lagstiftning på området. De ska också tillämpas i enskilda fall och genom hela upphandlingsförfarandet. Ytterst syftar de till att främja konkurrensen. I förarbetena framhålls t.ex. att en viktig utgångspunkt för upphandlingsförfarandet är att den upphandlande myndigheten tar ställning till om upphandlingen lämpligen bör genomföras genom att använda ramavtal och - om ramavtal väljs - hur upphandlingen ska utformas så att konkurrensen inte påverkas negativt (a.a. s. 173). - Det finns inte något som hindrar att en myndighet upphandlar två separata ramavtal där tilldelning enligt det ena avtalet sker efter bästa anbud och enligt det andra efter förnyad konkurrensutsättning. Syftet med det senare avtalet skulle då vara att åstadkomma det som man vill uppnå med ett kombinerat avtal nämligen att senare kunna komplettera eller precisera de villkor som ska finnas i förfrågningsunderlaget. Ett sådant behov finns givetvis eftersom avtalen ofta löper under en längre tid och alla de förutsättningar och krav som i detalj kan behöva uppställas inte alltid är möjliga att förutse. - Enligt vår mening framstår det därför som ändamålsenligt att i ett och samma ramavtal kunna kombinera tilldelning enligt bästa anbud och förnyad konkurrensutsättning; särskilt när det gäller det slag av tekniska konsulttjänster som det är fråga om i den aktuella upphandlingen. Ett sådant avtal ökar förutsebarheten och transparensen i förhållande till två olika avtal av bl.a. följande skäl. Anbudsgivarna vet på förhand att den upphandlande myndigheten kan komma att inbjuda de leverantörer med vilka ramavtal tecknats att på nytt lämna anbud. Vid denna förnyade anbudsgivning ska dessutom enligt 5 kap. 7 § LOU de villkor gälla som framgår av ramavtalet. Dessa villkor får i och för sig kompletteras med andra villkor, dock under förutsättning att dessa andra villkor angetts redan i förfrågningsunderlaget. Anbudsgivarna kan alltså redan på upphandlingsstadiet bilda sig en välgrundad uppfattning om vilka slags behov den upphandlande myndigheten kan komma att vilja tillgodose genom en förnyad konkurrensutsättning och vilka villkor som då kommer att gälla. Det måste givetvis i det enskilda fallet framstå som sakligt och på objektiva grunder motiverat med en sådan förnyad konkurrensutsättning för att tillgodose det uppkomna behovet. I annat fall torde upphandlingen kunna angripas med stöd av de allmänna principer om likabehandling och transparens m.m. som kommit till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. Att det skulle föreligga en fullständig valfrihet för den upphandlande myndigheten att från fall till fall välja avropsmetod utan att det är motiverat med hänsyn till myndighetens behov framstår som uteslutet. - Vi anser alltså inte att den aktuella upphandlingen kan underkännas på den grunden att upphandlande myndighet valt att kombinera de två tilldelningsmetoderna bästa anbud och förnyad konkurrensutsättning. Huruvida upphandlingen bör underkännas på någon annan grund finner vi, med hänsyn till majoritetens inställning och då kontraktstiden numera i det närmaste har löpt ut, ingen anledning att närmare gå in på.

Föredraget 2010-06-02, föredragande Axelsson, målnummer 3344-09

Anm. Samma dag avgjordes mål nr 3345-09 där omständigheterna var likartade och utgången densamma.

Offentlig upphandling; EG-rätt/EU-rätt, offentlig upphandling

Litteratur: Prop. 2006/07:128 s. 131 ff. och 173 ff.

Målnummer: 3344-09

Avgörandedatum: 2010-10-09

Avdelning: 1