

PM 2d 2008-12-10 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom överträdelse av gällande bestämmelser för offentlig upphandling.

Statens Fastighetsverk har i samband med selektiv upphandling av konsulttjänster byggprojektledning till ett samlat värde av c:a 40 miljoner kronor underlåtit att slutligt pröva vissa leverantörers anbud, trots att verket särskilt har bjudit in dem till anbudsgivning. Utslagsgivande för beslutet om tilldelning har vidare varit verkets goda erfarenhet från ett tidigare samarbete med en viss konsult.

Staten genom Statens Fastighetsverk (nedan Fastighetsverket eller SFV) inhämtade genom annons i nationell databas, www.allego.se, samt i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och dess databas TED¹, per den 20 december 2007², skriftliga anbudsansökningar avseende tjänster för "Projektledning och bygglledning vid ombyggnads av ett större kvarter i Klara" (projektnummer 125 23 000, dnr. 254-3527/07).

Av punkten II.1.4.1 i meddelandet om upphandling framgår att förfarandet avser tjänster rörande arkitektur, ingenjörsvksamhet, bygg- och anläggning, juridik och redovisning samt andra tjänster utförda av fackmän (CPV 74000000), arkitekt-, ingenjör-, byggnads- och tillhörande tekniska konsulttjänster (CPV 74100000), tjänster för teknisk provning och analys (CPV 74231000) samt byggtknisk ledning (CPV 74264000) och byggtknisk projektledning (CPV 74264100) jämte övriga byggkonsulttjänster (CPV 74231520). Vidare redovisas i meddelandet (punkten II.2.1) följande beskrivning:

Projektledningsuppdraget tecknas i första hand för utrednings- och programskedet. Projektledningsuppdraget omfattar i första hand: Projektledning med rapportering till SFV:s projektchef, Upphandlingar av konsulttjänster, Projekteringsledning, Projektplanering, Bygglledning, Upphandlingar av entreprenader, Platsledning och arbetsledning, Installationssamordning, Kontroll och uppföljning, Kostnads och kvalitetsstyrning, Tidplanering.

Av punkten IV.1.1 framgår vidare att förfarandet ska handläggas som en *selektiv upphandling*, d.v.s. en upphandlingsform där alla kan ansöka om att delta men enbart leverantörer som kvalificerar sig bjuds in att lämna anbud. Inga andra än sådana som har bjudits in får lämna anbud. Antalet företag som ska komma att bjudas in till anbudsgivning anges enligt punkten IV.1.2. i meddelandet till minimum tre. Någon övre gräns för antalet anbudssökande som ska bjudas in till anbudsgivning anges inte.³ Inte heller framgår några grunder för hur anbudssökande ska väljas ut.

I punkten III.3.2. anges slutligen att juridiska personer *inte* ska behöva ange namn och yrkeskvalifikationer för den personal som ska ansvara för utförandet av tjänsten.⁴

Utöver meddelandet om upphandling finns även upprättat en promemoria av den 19 december 2007⁵, med rubriken "ANSÖKNINGSINBJUDAN SELEKTIV UPPHANDLING (två steg)", nedan angiven som Ansökningsinbjudan. Av denna promemoria framgår bl.a. följande:

Villkor för deltagande i urvalsförfarandet, anges nedan

- Företagspresentation
Ansökan skall innehålla kort presentation av företaget och CV för personer som senare kan komma att föreslås för ledande roller i projektet.
- Referensuppdrag
Ansökan skall innehålla endast tre relevanta referensuppdrag. Ansökan skall innehålla redovisning med referenter, namn och telefonnummer.

¹ Tenders Electronic Daily, EG:s databas för annonsering av bl.a. offentlig upphandling. Databasen utgör ett tillägg till Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och publicerar annonser som har skickats till Europeiska kommissionen eller Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE).

² Meddelandenummer i EUT: 2007/S 248-304060 av den 27.12.2007.

³ I meddelandet om upphandling anges under punkten IV.1.2: "Planerat lägsta antal: 3".

⁴ Av punkten III.3.2. i meddelandet om upphandling framgår följande: "Juridiska personer ska ange namn och yrkeskvalifikationer för den personal som ska ansvara för utförandet av tjänsten: Nej".

⁵ Ansökningsinbjudan är daterad den 19 december 2007 och avser projektnummer 125 23 000, dnr. 254-3527/07.

Anbudsansökan och svarsformulär i A4-format inges skriftligt (ett original + 3 kopior). Fler uppgifter än de begärda kommer ej att beaktas.

Av Ansökningsinbjudan framgår vidare följande ”urvalskriterier för anbudsgivning”:

1. Kompetens och erfarenhet av att genomföra jämförbara projekt i rollen som projektledare hos namngivna personer hos anbudsgivaren. Högst tre personer redovisas. Om fler personer medtages kommer SFV att bortse från fler än tre vid utvärderingen.
2. Kompetens och erfarenhet av att genomföra jämförbara projekt i rollen som bygglidare hos namngivna personer hos anbudsgivaren. Högst tre personer redovisas. Om fler personer medtages kommer SFV att bortse från fler än tre vid utvärderingen.
3. Kompetens och erfarenhet av att genomföra jämförbara projekt för andra personer som anbudsgivaren önskar nämna som förslag till framtida projektorganisation.
4. Utfall av genomförda referensobjekt som anbudsgivaren vill referera till som visar på tidigare goda resultat i liknande projekt. OBS Högst tre projekt får redovisas. Om fler än tre projekt redovisas kommer SFV att bortse från fler än tre projekt vid utvärderingen.
5. Andra företräden som anbudsgivaren önskar redovisa, exempelvis arbetsmetoder, förslag till organisation, administrativa system och hjälpmedel och andra omständigheter som beskriver anbudsgivarens företagsanknutna kompetens.
6. Timpriser. Anbudsgivaren ska redovisa timkostnader vid löpande räkningsuppdrag för de personer som omnämns som tänkbara för rollen som projektledare, bygglidare och biträdande projektledare.

Tidsfristen för anbudsansökan gick ut den 31 januari 2008. Av tillgängliga protokoll⁶ framgår att det inkommit totalt tio anbudsansökningar, varav totalt sex anbudssökande (här angivna som Anbudsgivare 1-4, 7 och 9) bedömdes kvalificerade för att lämna anbud.⁷

Av Fastighetsverkets underlag för själva anbudsgivningen,⁸ daterat den 8 februari 2008 och rubricerat ”Ombyggnad av ett större kvarter i Klara – Selektiv upphandling av projektledning. PM för anbudsgivning. 2007-12-19, rev 2008-02-08”, nedan angivet som Anbudsunderlaget, framgår bl.a. följande:

Följande faktauppgifter skall redovisas i anbud.

1. Förslag till bemanning med andelstider för alla nyckelmedarbetare (alltså deltagande i projektet uttryckt i % av normal heltid). Bemanningsplan skall redovisa bedömda insatser månad för månad från 2008-04 till 2013-12.⁹
2. CV för nyckelmedarbetare (projektledare, projekteringsledare, bygglidare och kanske några till)
3. Timarvoden i prisläge 2008
4. Utfall av genomförda referensprojekt som anbudsgivaren vill referera till som visar på tidigare goda resultat i liknande projekt. OBS Högst tre projekt får redovisas. Om fler än tre projekt redovisas kommer SFV att bortse från fler än tre projekt vid utvärderingen.
5. Andra företräden som anbudsgivaren önskar redovisa, exempelvis arbetsmetoder, förslag till organisation, administrativa system och hjälpmedel och andra omständigheter som beskriver anbudsgivarens företagsanknutna kompetens.
6. Timpriser. Anbudsgivaren skall redovisa timkostnader vid löpande räkningsuppdrag för de personer som omnämns som tänkbara för rollen som projektledare, bygglidare och biträdande projektledare.

Vidare framgår av Anbudsunderlaget att Fastighetsverket ska välja ut preliminärt 2-3 anbudsgivare för en ”djupare utvärdering”. *Urval ska ske på grundval av insända ansökningshandlingar och övriga uppgifter som SFV har tillgång till. Redovisning av anbudsgivares kompetens ska ske genom CV från medarbetare som föreslås för nyckelroller i det kommande projektet*. Som utvärderingskriterier anges i underlaget ett antal omständigheter som i huvudsak överensstämmer med vad som tidigare, i Ansökningsinbjudan, angivits som urvalskriterier för anbudsgivning, nämligen:

⁶ Se Statens Fastighetsverk, protokoll rubricerat: ”FÖRTECKNING ÖVER ANMÄLAN OM ATT FÅ LÄMNA ANBUD”, daterat 4 februari 2008 jämte , protokoll rubricerat: ”UTVÄRDERING AV ANBUD FÖR PROJEKTLEDNING VID OMBYGGNAD AV ETT STÖRRE KVARTER I KLARA”, daterat den 8 maj 2008 (projektnummer 125 23 000, dnr 254-3527/07).

⁷ Se ovan angivna utvärderingsprotokoll av den 8 maj 2008.

⁸ På en kopia av det aktuella underlaget (”PM för anbudsgivning”) finns i Fastighetsverkets akt fogat en lapp med följande handanteckning: ”skickat per post 2008-02-11 till företag enligt upphandlingsbeslutet”.

⁹ Bemanningsplan ska baseras på en i underlaget redovisad preliminär tidplan för det aktuella projektet.

Utvärderingskriterier (i fallande prioriteringsordning)

1. Kompetens och erfarenhet av att genomföra jämförbara projekt i rollen som projektledare.
2. Kompetens och erfarenhet av att genomföra jämförbara projekt i rollen som Byggladare.
3. Kompetens och erfarenhet av att genomföra jämförbara projekt för andra personer som anbudsgivaren önskar nämna som förslag till framtida projektorganisation.
4. Bedömning av förmåga och samlad kompetens hos föreslagen organisation och bemanning som helhet med hänsyn även tillför respektive medarbetare.
5. Utfall av genomförda referensobjekt som anbudsgivaren vill referera till som visar på tidigare goda resultat i liknande projekt. OBS Högst tre projekt får redovisas. Om fler än tre projekt redovisas kommer SFV att bortse från fler än tre projekt vid utvärderingen.
6. Andra företräden som anbudsgivaren önskar redovisa, exempelvis arbetsmetoder, förslag till organisation, administrativa system och hjälpmedel och andra omständigheter som beskriver anbudsgivarens företagsanknutna kompetens.
7. Av SFV bedömt totalarvode, baserat på timkostnader för föreslagen personal.

Anbudstiden för upphandlingen gick ut den 25 mars 2008. Av tillgängligt anbudsöppningsprotokoll¹⁰ framgår att samtliga sex inbjudna leverantörer (Anbudsgivare 1-4, 7 och 9) inkommit med anbud. Av dessa utvärderades emellertid slutligen bara tre anbud (från Anbudsgivare 1,7 och 9). Fastighetsverket anger i utvärderingsprotokollet bl.a. följande.

Anbudsutvärdering

Samtliga avgivna anbud uppfyllde de flesta av angivna krav som ställts i förfrågningsunderlaget. Av de sex, gjorde dock utvärderingsgruppen bedömningen att endast [...] tre anbudsgivare utan tvekan uppfyllde samtliga kvalifikationskrav, framför allt avseende kompetens och erfarenhet av liknande projekt hos den föreslagna projektledningen. I övriga tre fanns enligt SFVs bedömning brister endera i likvärdighet (komplexitet och storlek) av tidigare genomförda projekt av den projektledare som föreslagits av anbudsgivaren. Utvärderingsgruppen valde därför att träffa följande tre [namngivna] anbudslämnare för fördjupad utvärdering.

Nr 1 [Anbudsgivare 1]

Nr 7 [Anbudsgivare 7]

Nr 9 [Anbudsgivare 9]

Av de för anbudsgivning inbjudna sex leverantörerna fick således enbart Anbudsgivare 1, 7 och 9 sina anbud fullständigt värderade. Anbudsgivare 2, 3 och 4 kom däremot inte i fråga för slutlig anbudsutvärdering eller beslut om tilldelning.

Tilldelning i upphandlingen beslutades den 12 maj 2008¹¹ varvid uppdraget tilldelades Anbudsgivare 7. Av utvärderingsprotokollet framgår att ”[s]amtliga tre anbudsgivare har redovisat bemanningsplaner som är relativt likvärdiga. Det föreligger heller inte några avgörande skillnader i timarvode”. Vidare konstateras i protokollet att ”... alla tre anbudsgivare föreslår mycket kompetenta och erfarna personer för denna viktiga roll”, men att Anbudsgivare 7 av Fastighetsverket har bedömts erbjuda ”... den överlägset bästa redovisade kompetensen i detta avseende”. Som särskilt betydelsefullt framhölls att Fastighetsverket sedan tidigare har haft ”direkt egen erfarenhet av samarbete under många år” med den person hos Anbudsgivare 7 som anvisats som ansvarig för det aktuella projektet och att verket kan vitsorda dennes samlade erfarenheter som ”mycket goda”.

Efterannons om den aktuella upphandlingen skickades av Fastighetsverket till Byrån för Europeiska unionens officiella publikationer den 13 maj 2008. Av annonsen framgår att det totala värdet av det i upphandlingen tilldelade kontraktet ska uppskattas till c:a 40 miljoner kronor.¹²

¹⁰ Se Statens Fastighetsverk, protokoll rubricerat: ”ANBUDSFÖRTECKNING”, daterat den 26 mars 2008 (projektnummer 125 23 000, dnr 254-3527/07).

¹¹ Se Statens Fastighetsverk, protokoll rubricerat: ”BESLUT”, daterat den 12 maj 2008 (projektnummer 125 23 000, dnr 254-3527/07).

¹² Meddelandenummer i EUT: 754-68937-2008 av den 13.05.2008.

Gällande rätt

Offentlig upphandling där förfarandet har påbörjats under perioden den 1 januari 1994 till och med den 31 december 2007 regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.¹³

Lagen bygger på bl.a. Europeiska rådets direktiv (92/50/EG) av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet) jämte ändringsdirektiv.¹⁴ För upphandlingar som har påbörjats efter den 31 januari 2006 gäller även Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (klassiska upphandlingsdirektivet) i de delar som direktivets bestämmelser kan anses ha s.k. *direkt effekt*.¹⁵

Med *upphandling* avses förfarandet fram till och med tilldelningen av ett offentligt kontrakt med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande enheter och som avser bl.a. leverans av tjänster.¹⁶

Skyldighet att följa upphandlingsbestämmelserna åvilar samtliga statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting, vilka i 1992 års lag benämns *upphandlande enheter*.¹⁷ Av bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) framgår att Fastighetsverket är en sådan *central statlig myndighet* som är skyldig att följa lagens och direktivets bestämmelser avseende offentlig upphandling.

Ingenjör-, byggnads- och därtill hörande tekniska konsulttjänster, däribland tjänster för teknisk provning och analys (CPV 74231000) samt byggtknisk ledning (CPV 74264000) och byggtknisk projektledning (CPV 74264100) jämte övriga byggkonsulttjänster (CPV 74231520), utgör s.k. A-tjänster (ingenjörstjänster m.m., kategori 12) enligt bilagan till LOU.¹⁸ Om den upphandlande enheten utgör en central statlig myndighet och det sammanlagda kontraktssvärdet av aktuella A-tjänster överstiger 130.000 särskilda dragningsrätter (SDR) eller 1,253 miljoner kronor,¹⁹ ska upphandlingen därmed handläggas enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna för tjänsteupphandling som föreskrivs i 5 kap. LOU, normalt genom något av förfarandena *öppen upphandling* eller *selektiv upphandling*.²⁰

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som huvudregel att all offentlig upphandling ska göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn. Förfarandet ska ske på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt med iakttagande av bland annat de gemenskapsrättsliga principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

¹³ För tiden från och med den 1 januari 2008 har 1992 års lag, här angiven som LOU, ersatts genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling; Se vidare övergångsbestämmelserna i lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

¹⁴ 1992 års lag om offentlig upphandling (LOU) bygger i här aktuellt avseende på Europeiska rådets direktiv (92/50/EG) av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet) jämte rådets direktiv (93/38/EG) av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport-, och telekommunikationssektorerna (gamla försörjningssektorsupphandlingsdirektivet) jämte senare ändringsdirektiv.

¹⁵ Doktrinen om *direkt effekt* går ut på att HfödragH, HdirektivH och HbeslutH tagna inom ramen för HEUH-samarbetet och som riktar sig till en medlemsstat är direkt tillämpbara för medborgarna, under förutsättning att bestämmelsen är ovillkorlig och tillräckligt precis för att kunna ligga till grund för medlemsstatens handläggning och beslut.

¹⁶ Med upphandling avses enligt 1 kap. 5 § LOU köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster Jfr vidare definitionen av *offentligt kontrakt* och *offentligt tjänstekontrakt* i art. 1.2 a) och d) i det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) samt EG-domstolens dom av den 12 juli 2001 i målet C-399/98, *la Scala*, REG 2001, s. I-5409, pp. 6 och 51. Se också dåvarande Nämndens för offentlig upphandling (NOU), skrivelse av den 16 juni 2005 till Länsrätten i Stockholms län (dnr. 2005/0121-29). Karakteristiskt för ett offentligt tjänstekontrakt är således att leverantören mot ersättning ska åta sig att utföra tjänster för ett offentligt organs (en myndighets eller ett offentligägt företags) räkning.

¹⁷ Från och med 2007 års LOU benämns myndigheter och andra upphandlingsskyldiga organ inom den klassiska sektorn ”*upphandlande myndigheter*”. Termen upphandlande enheter är numera enbart förbehållet organ verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna.

¹⁸ A-tjänster, kategori 12, enligt avdelning A i bilagan till LOU, innefattande ”Arkitekttjänster, ingenjör- och konstruktörstjänster, stadsplanerings- och landskapsarkitekturstjänster, anknutna vetenskapliga och tekniska konsulttjänster samt tjänster avseende teknisk provning och analys”. Se även bilaga II A till det klassiska upphandlingsdirektivet (implementerad som bilaga 2 till 2007 års lag om offentlig upphandling).

¹⁹ Gällande tröskelvärde för statliga centrala myndigheter under perioden den 1 januari 2006 och den 31 december 2007, se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling, jämte ändringsförfattning (SFS 2005:1119).

²⁰ Se 15 kap 3 § första stycket LOU.

Kvalifikationsprövning och *anbudsvärdering* utgör skilda upphandlingsmoment som styrs av sinsemellan olika regelverk och ska prövas var för sig, med kvalifikationsprövningen först. Någon sammanblandning mellan dessa båda moment får inte ske. Vid upphandling av bl.a. A-tjänster över tröskelvärdet ska enligt 1 kap. 20 a § LOU den upphandlande enheten innan den börjar pröva anbudet pröva om anbudsgivarna eller anbudssökandena uppfyller de krav (s.k. kvalifikationskrav) som ställts upp på leverantören. Först därefter kan anbudsvärdering enligt 1 kap. 22 § LOU ske.

I den inledande kvalifikationsfasen av en selektiv upphandling ska intresserade leverantörer erbjudas att ansöka om att delta med anbud varefter den upphandlande enheten ska pröva om anbudssökandena besitter tillräcklig finansiell och ekonomisk styrka samt teknisk förmåga och kapacitet för att inbjudas att delta med anbud. Därefter ska den upphandlande myndigheten infordra anbud, samt utvärdera dessa. Enbart anbud från leverantörer som har bjudits in till anbudsgivning kan komma ifråga för anbudsvärdering. Vid den avslutande anbudsvärderingen ska beaktas enbart sådana omständigheter som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.²¹ Förhållanden som hänför sig till de anbudsgivande leverantörernas erfarenhet, personalstyrka och utrustning samt förmåga att utföra projektet inom den fastställda tidsfristen utgör emellertid kriterier som rätteligen ska beaktas i kvalifikationsfasen.²² Senast i februari i 2008, i målet C-532/06, *Lianakis m.fl.*, har EG-domstolen poängterat vikten av att upphandlande enheter skiljer mellan kvalifikationskrav och värderingskrav.²³

Yttrande

Fastighetsverket har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört vad som i korthet kan sammanfattas enligt följande. Även om Fastighetsverket löpande har anpassat sina rutiner till lagstiftningens alltmer komplexa krav, är det svårt att åstadkomma en helt optimalt utformad upphandlingsmetodik. Detta har bl.a. uppmärksamats av Regeringsrätten, vilken i RÅ 2002 ref. 50 (Migrationsverksmålet) funnit att även om en upphandling är behäftad med vissa brister så kan förfarandet ändå vara godtagbart så länge gemenskapsrättens grundprinciper inte träds för när. Om det skulle kunna riktas kritik mot Fastighetsverkets nu aktuella upphandling och de förfaranden som har använts, är denna dock i sina grundläggande delar genomförd enligt LOU och de bakomliggande principer som lagen bygger på.

Fastighetsverket har i den aktuella upphandlingen utgått från att det är de enskilda konsulternas kompetens som är relevant. Den viktigaste kompetensen är knuten till individen, inte till företaget. Att begära in förslag till bemanning med CV och kompetensprofiler på olika personer låter sig av olika skäl inte göras i ett så tidigt skede som anbudsansökan. Fastighetsverket har därför valt en modell där myndigheten inleder med att i anbudsansökningsskedet genomföra en bedömning av den allmänna kompetensen och erfarenheten hos anbudssökande företag, och först därefter, sedan verket fått in bindande anbud med bemanningsplaner, bedömer kompetensen på personnivå.

Vad gäller vissa förhållanden som Konkurrenskommissionen har uppmärksammat i sin preliminära rapport bygger kritiken i allt väsentligt på missuppfattningar och felaktiga slutsatser vilka möjligen kan ha sin grund i språkliga brister i underlaget som vid en snabb genomläsning kan ge en felaktig bild av upphandlingen.

Sammanfattningsvis menar Fastighetsverket att det kan vara svårt att riktigt göra åtskillnad mellan kvalifikationsprövning vid anbudsansökan och kompetensutvärdering vid anbudsvärdering,

²¹ Se EG-domstolens nedan refererade dom av den 24 januari 2008 i mål C-532/06, *Lianakis, m.fl.*, REG 2008, s. I-0000, pp. 27-30 och 32. För liknande resonemang avseende upphandling av tjänster, se domstolens dom av den 17 september 2002 i mål C-513/99, *Concordia Bus*, REG 2002, s. I-7213, pp. 54 och 59 och av den 19 juni 2003 i mål C-315/01, *GAT*, REG 2003, s. I-6351, pp. 63 och 64. Se även domstolens dom av den 20 september 1988 i mål C-31/87, *Beentjes*, REG 1988, s. 4635, pp. 15 och 16 och dom av den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, *SIAC Construction*, REG 2001, s. I-7725, pp.35 och 36, vilka avser offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten.

²² För svenskt vidkommande, se exempelvis Länsrätten i Östergötlands län, lagakraftvunnen dom av den 13 maj 2008 i mål 753-08, där länsrätten konstaterar att "... en förnyad prövning avseende kraven för kvalificering får inte förekomma under utvärderingsfasen".

²³ EG-domstolens dom av den 24 januari 2008 i mål C-532/06, *Lianakis m.fl.*, REG 2008, s. I-0000.

vilket enligt verkets tolkning även EG-domstolen synes ge uttryck för i det s.k. Lianakis-målet (C-532/06).²² Mot bakgrund av den tekniska komplexitet som följer av upphandlingsreglernas utformning och i belysning av Regeringsrättens ovan angivna avgörande, RÅ 2002 ref. 50, menar Fastighetsverket att i den nu aktuella upphandlingen grundläggande gemenskapsrättsliga principer inte har trätts för när, även om i och för sig viss kritik kan riktas mot de förfaranden och den utvärderingsmodell som verket har använt.

Verket vill särskilt framhålla att den nu aktuella upphandlingen har genomförts med utnyttjande av befintliga konkurrensmedel samt att Konkurrenskommissionen tidigare påpekanden om verkets upphandlingar har lett till omfattande intern informationsverksamhet i syfte att förbättra verkets rutiner på det aktuella området. Konkurrenskommissionens tidigare framförda kritik mot verket har dock ringa bäring på de principfrågor som nu redovisas i detta ärende.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Fastighetsverket ska såsom central statlig myndighet iaktta bestämmelserna i LOU jämte de grundläggande principer som ytterst följer av EG-fördraget. Verkets nu aktuella upphandling avseende projektledning för ombyggnadsarbeten i regeringskvarteren har påbörjats före den 1 januari 2008, varför den äldre reglering som följer av 1992 års LOU ska iakttas. Förfarandet har utlysts som en selektiv upphandling och avser, enligt verkets egen värdering, tekniska konsulttjänster för c:a 40 miljoner kronor. Såväl arten av de tjänster som ska utföras som upphandlingens aktuella kontraktsvärde medför således att de av EG-direktiv styrda bestämmelserna 1 kap. och 5 kap. LOU ska tillämpas.

Konkurrenskommissionen delar Fastighetsverkets bedömning att det kan vara svårt att göra klar åtskillnad mellan kvalifikationsprövning vid anbudsansökan och kompetensutvärdering vid anbudsvärdering. Hur denna gränsdragning ska göras i varje enskilt fall får ytterst avgöras av förvaltningsdomstol eller allmän domstol, i mål om överprövning eller skadestånd enligt LOU. Dock menar kommissionen att de särskilda uttalanden som framgår av domskälen i det s.k. Lianakis-målet (C-532/06)²² ger intryck av att EG-domstolen har velat markera en restriktiv syn på uppdelningen mellan upphandlingens båda faser och att endast kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan anses utgöra "kriterier för tilldelning" i den avslutande anbudsvärderingsfasen.

Av utredningen i ärendet framgår att Fastighetsverket har erhållit sammanlagt tio (10) ansökningar om att delta med anbud i den aktuella upphandlingen. Av dessa har totalt sex (6) anbudssökande bjudits in till att lämna anbud, medan endast tre (3) har fått sina anbud slutligt värderade och bedömda i enlighet med förutsättningarna för upphandlingen. Övriga för anbudsgivning inbjudna leverantörer (Anbudsgivare 2, 3 och 4) har därmed i praktiken kommit att uteslutas från att få sina anbud fullt ut värderade. Som grund för att inte pröva de förkastade anbud 2, 3 och 4 har Fastighetsverket anfört att de "inte utan tvekan" har bedömts uppfylla vissa krav, framför allt med avseende på kompetens och erfarenhet av liknande projekt hos den föreslagna projektledningen.

Av grundläggande gemenskapsrättsliga principer, bl.a. kraven på likabehandling och öppenhet (transparens), följer att det ska framgå klart av förfrågningsunderlaget vilka villkor som gäller för anbudsgivning och på vilka grunder (s.k. skall-krav) anbud kan komma att förkastas. Särskilt leverantörer som bjuds in till anbudsgivning och lägger ned resurser på att lämna anbud måste rimligen kunna räkna med att få sina anbud prövade fullt ut och i enlighet med klara förutsättningar. Påståendet att vissa anbudsgivare "inte utan tvekan" uppfyller ställda krav visar på oklarheter avseende såväl förutsättningarna för anbudsgivning som prövningen av anbud.

Förfarandet strider i denna del mot kraven på likabehandling och öppenhet (transparens) samt lämnar utrymme för godtycke i upphandlingsprocessen. De bedömningar avseende anbudsgivarnas kompetens och erfarenhet som Fastighetsverket lagt till grund för att inte slutföra värderingen av Anbud 2, 3 och 4 borde vidare ha genomförts i upphandlingens kvalifikationsfas, innan berörda leverantörer inbjöds till anbudsgivning. Handläggningen har i dessa avseenden inte skett på ett affärsmässigt sätt eller i överensstämmelse med grundläggande gemenskapsrättsliga principer, vilket är ett krav även enligt RÅ 2002 ref. 50 (Migrationsverksdomen).

Utslagsgivande för Fastighetsverkets beslut om tilldelning uppges vidare ha varit personliga omdömen om en viss ledande nyckelperson hos den leverantör som tilldelades kontraktet. Tilldelningen förefaller i detta avseende ha skett på huvudsakligen godtyckliga grunder, vilket strider mot kravet på affärsmässighet vid offentlig upphandling och den grundläggande principen om likabehandling. Leverantörer som inte tidigare haft tillfälle att utföra konsultuppdrag åt Fastighetsverket har härigenom kommit att missgynnas på ett konkurrenssnedvridande och diskriminerande sätt.

Sammantaget kan Fastighetsverket inte undgå kritik för att den aktuella upphandlingen har handlagts i strid mot gällande lag och direktiv och att grundläggande gemenskapsrättsliga principer har trätts för när. Detta, i belysning av Konkurrenskommissionens tidigare framförda kritik²⁴, visar på ett kvarvarande behov inom verket att tydiggöra det upphandlingsrättsliga regelverket i syfte att förhindra fortsatta lagöverträdelser.

²⁴ Se Konkurrenskommissionens tidigare avgjorda ärenden, KKO 06-008, KKO 07-017 samt KKO 08-012.