
UPPHANDLINGSKRÖNIKA

– ELEKTRONISK AUKTION

Kristian Pedersen*

1. INLEDNING

Jag har i tidigare upphandlingskrönikor, senast i det föregående numret av ERT, behandlat en del av de ändringar i de svenska upphandlingslagarna LOU och LUF, vilka föreslås träda i kraft den 1 juli i år.¹ I samband med detta nämndes också att det, utöver de tidigare behandlade förslagen även finns förslag om att införa bestämmelser om s.k. elektronisk auktion i den svenska upphandlingslagstiftningen. Dessa bestämmelser, som föreslås införas i såväl LOU som LUF, bygger på procedurdirektivens bestämmelser om elektronisk auktion, vilka är frivilliga för medlemsstaterna att införa.² I huvudsak överensstämmer de nu aktuella förslagen med de förslag som Upphandlingsutredningen lämnade i sitt slutbetänkande³, men vissa skillnader i förhållande till utredningens förslag förekommer i lagrådsremissen.

Det bör redan inledningsvis, såsom bl.a. lagrådet gjort, påpekas att elektronisk auktion inte är något fullständigt upphandlingsförfarande som kommer att kunna användas som alternativ till de befintliga upphandlingsförfarandena i LOU och LUF. Istället är det fråga om vad som skulle kunna beskrivas som ett utvärderingsförfarande dvs. en metod för att, inom ramen för de befintliga upphandlingsförfarandena, i vissa fall genomföra hela eller delar av anbudsutvärderingen med elektroniska medel.

* Advokat, Advokatfirman Delphi, Stockholm.

¹ ERT 2010 s. 193. Se även ERT 2009 s. 553.

² Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster respektive 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).

³ Nya upphandlingsregler 2, SOU 2006:28.

I denna krönika kommer jag att, mot bakgrund av bestämmelserna i procedurdirektiven, behandla lagrådsremissens förslag till bestämmelser om elektronisk auktion.

2. INTRODUKTION TILL BESTÄMMELSERNA OM ELEKTRONISK AUKTION

Procedurdirektivens bestämmelser om elektronisk auktion utgör i mångt och mycket en anpassning till den tekniska utvecklingen. Av beaktandesats 14 till det klassiska direktivet respektive beaktandesats 22 till försörjningsdirektivet framgår att unionslagstiftaren konstaterat att användningen av elektroniska auktioner kommer att öka och att det därför finns ett behov av att reglera denna användning på ett sådant sätt att förenlighet med de grundläggande principerna säkerställs. De nämnda beaktandesatserna kan därför, särskilt tillsammans med de kommentarer som i övrigt lämnas beträffande elektroniska förfaranden, läsas som att unionslagstiftaren velat återta initiativet i utvecklingen av elektroniska upphandlingsförfaranden.

Med begreppet elektronisk auktion avses, enligt lagrådsremissen (förslaget till ny 2 kap. 6 a § i respektive upphandlingslag) en upprepad process med hjälp av elektroniska medel för att presentera nya lägre priser eller nya värden för vissa delar av anbuden, vilken genomförs efter en första fullständig utvärdering av anbuden och möjliggör en rangordning på grund av automatiska utvärderingsmetoder. Den föreslagna definitionen är utformad med procedurdirektivens definitioner som förebild, men den begränsning som framgår redan av direktivens definition framgår inte av den föreslagna lagtexten. Till skillnad från lagförslaget kan nämligen av artikel 1.7 i det klassiska direktivet och artikel 1.6 i försörjningsdirektivet utläsas att "[...] vissa tjänstekontrakt och vissa byggtreprenadkontrakt som innehåller intellektuella prestationer, såsom projekteringen av byggtreprenader, inte [kan] bli föremål för elektronisk auktion." Som påpekas i lagrådsremissen framgår det inte om avsikten med begränsningen av tillämpningsområdet för elektronisk auktion varit att utesluta vissa men inte alla kontrakt som innehåller intellektuella prestationer eller om vissa kontrakt skall uteslutas, nämligen alla sådana som innehåller intellektuella prestationer. På grund av den i direktiven valda utformningen av bestämmelsen synes det dock, enligt regeringens mening, inte vara möjligt att använda elektronisk auktion som led i ett upphandlingsförfarande som innehåller projektering av byggtreprenader. Den sammanfattande bedömningen i lagrådsremissen är dock att det faktum att intellektuella prestationer ingår i föremålet för en upphandling inte i sig utesluter genomförande av en elektronisk auktion.

Man kan naturligtvis fråga sig vad som är syftet med denna begränsning av tillämpningsområdet för elektronisk auktion, särskilt mot bakgrund av att rege-

ringens analys enligt min mening är korrekt och att det inte finns några principiella hinder mot att använda elektronisk auktion även vid upphandling av intellektuella prestationer. Enligt vad som berättats för mig ligger det dock inte några mer djuplodande rättsliga överväganden från unionslagstiftarens sida bakom bestämmelsens utformning. Istället är förklaringen till den till synes omotiverade begränsningen av tillämpningsområdet för elektronisk auktion, enligt uppgift, att den person som var rapportör vid Europaparlamentets behandling av procedurdirektiven själv har en bakgrund som byggnadsingenjör och därför motsatte sig införandet av en möjlighet att använda elektronisk auktion för upphandling av tjänster avseende projektering av byggtreprenader.

3. FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR TILLÄMPNING AV ELEKTRONISK AUKTION

3.1 Grundläggande förutsättningar för tillämpning av elektronisk auktion

Förutsättningarna för användning av elektronisk auktion är endast delvis desamma i den klassiska sektorn som i försörjningssektorerna. Tre grundläggande förutsättningar, utöver att elektronisk auktion föreslås få tillämpas både inom och utanför det direktivstyrda området, gäller dock för såväl den klassiska sektorn som för försörjningssektorerna.

För det första får elektronisk auktion endast användas om förfrågningsunderlaget kan fastställas med tillräcklig exakthet. Detta förklaras i beaktandesats 14 till det klassiska direktivet respektive beaktandesats 22 till försörjningsdirektivet med att elektronisk auktion endast kan användas för sådana byggtreprenad-, varu- och tjänstekontrakt för vilka det kan fastställas exakta specifikationer. Det är med andra ord den tekniska specifikationen, dvs. beskrivningen av hur föremålet för upphandlingen skall vara beskaffat, som måste kunna fastställas med tillräcklig exakthet.

För det andra måste anbudsgivarnas rangordning kunna fastställas under hela den elektroniska auktionen, dvs. det måste vid varje givet tillfälle framgå vilka anbudsgivare som för tillfället är rangordnade på första plats, andra plats, tredje plats etc.

För det tredje gäller att endast aspekter som kan utvärderas automatiskt på elektronisk väg, utan ingripande och/eller bedömning från den upphandlande myndighetens respektive enhetens sida får bli föremål för elektronisk auktion, dvs. sådana aspekter som kan kvantifieras så att de kan uttryckas i siffror eller procenttal.

Ytterligare en bestämmelse av grundläggande karaktär är att en elektronisk auktion skall avse priset (eller priserna), när kontraktet skall tilldelas baserat på tilldelningsgrunden lägsta pris eller priser och/eller nya värden på de delar av

anbudet som angetts i förfrågningsunderlaget, när kontraktet skall tilldelas baserat på tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

3.2 Öppet och selektivt förfarande respektive förenklat förfarande och urvalsförfarande

Om de ovan beskrivna grundläggande förutsättningarna för tillämpning av elektronisk auktion är uppfyllda får elektronisk auktion, enligt lagförslaget, tillämpas vid öppet och selektivt förfarande (över tröskelvärdena) och vid förenklat förfarande och urvalsförfarande (under tröskelvärdena och vid upphandling av B-tjänster oavsett värde) i såväl den klassiska sektorn som i försörjningssektorerna.

3.3 Förhandlat förfarande med föregående annonsering

Vad gäller möjligheterna att tillämpa elektronisk auktion vid förhandlat förfarande med föregående annonsering skiljer sig förutsättningarna i lagförslaget, liksom i de bakomliggande direktivbestämmelserna, åt mellan den klassiska sektorn och försörjningssektorerna. Medan elektronisk auktion föreslås få användas generellt vid förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt LUF, föreslås användningen av elektronisk auktion enligt LOU begränsas till förhandlade förfaranden med föregående annonsering, vilka har sin grund i att de anbud som lämnats vid ett tidigare öppet eller selektivt förfarande, eller en konkurrenspräglad dialog, är ogiltiga eller inte kan godtas (se nuvarande 4 kap. 2 § första punkten LOU och, beträffande konkurrenspräglad dialog, förslaget till ny lydelse för detta lagrum). Den förklaring som i lagrådsremissen lämnas till denna skillnad mellan den klassiska sektorn och försörjningssektorerna är att övriga grunder för att i den klassiska sektorn använda förhandlat förfarande med föregående annonsering typiskt sett är av sådan karaktär att det knappast finns möjlighet att använda elektroniska auktioner under upphandlingen, medan det i försörjningssektorerna inte finns några begränsningar för användning av förhandlat förfarande med föregående annonsering.

3.4 Förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal

I förslaget till nya bestämmelser i LOU anges uttryckligen att elektronisk auktion skall få tillämpas vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal.⁴

⁴ Se beträffande förnyad konkurrensutsättning nuvarande 5 kap. 7 § LOU.

Någon motsvarande bestämmelse föreslås dock inte införas i LUF. Det finns dock enligt lagrådsremissen inget som hindrar att förnyad konkurrensutsättning, såväl med som utan elektronisk auktion, används även vid tillämpning av ett ramavtal enligt LUF.⁵

4. GENOMFÖRANDE AV ELEKTRONISK AUKTION

4.1 Annonsering

Om elektronisk auktion kommer att användas, skall den upphandlande myndigheten eller enheten ange detta i annonsen om upphandling. En sådan upplysning torde emellertid, med hänsyn till transparensprincipen, ha behövt lämnats i annonsen även i avsaknad av en uttrycklig bestämmelse med denna innebörd.

4.2 Förfrågningsunderlaget

Om elektronisk auktion skall tillämpas måste förfrågningsunderlaget innehålla information om de delar av anbudens värden kommer att vara föremål för den elektroniska auktionen (delar vilka som nämnts ovan måste vara möjliga att kvantifiera så att de kan uttryckas i siffror eller procenttal), de eventuella gränserna för de värden som kan presenteras, baserade på en bedömning av specifikationerna för föremålet för upphandlingen, vilka uppgifter som kommer att göras tillgängliga för anbudsgivarna under den elektroniska auktionen och, i förekommande fall, när detta kommer att ske, relevanta uppgifter om genomförandet av den elektroniska auktionen, på vilka villkor anbudsgivarna kan lämna anbud, däribland de minsta skillnader mellan anbudens värden som kan ha bestämts, och relevanta uppgifter om den elektroniska utrustning som används och om anslutningen till denna utrustning. Enkelt uttryckt måste förfrågningsunderlaget innehålla både de regler som skall gälla för den elektroniska auktionen och en beskrivning av hur den kommer att genomföras.

⁵ Däremot förefaller det inte vara tillåtet att tillämpa elektronisk auktion då en upphandlande enhet med stöd av 4 kap. 2 § tionde punkten LUF genomför förhandlat förfarande *utan föregående annonsering* bland de leverantörer som är parter i ett ramavtal som upphandlats enligt LUF. Detta eftersom möjligheterna att tillämpa elektronisk auktion såväl i lagförslaget som i försörjningsdirektivet begränsats till förhandlat förfarande *med föregående annonsering*.

4.3 Första fullständig anbudsutvärdering, inbjudan till och inledande av elektronisk auktion

Innan en elektronisk auktion inleds skall den upphandlande myndigheten eller enheten genomföra en första fullständig utvärdering av anbuden i enlighet med förfrågningsunderlagets tilldelningskriterier och den fastställda viktningen för dessa.

Alla anbudsgivare som har lämnat godtagbara anbud skall därefter samtidigt bjudas in, med elektroniska medel, för att lämna nya priser och/eller värden. Inbjudan skall innehålla alla relevanta upplysningar om den individuella anslutningen till den elektroniska utrustning som används samt vilken dag och tid den elektroniska auktionen kommer att inledas. Inbjudan skall även innehålla den matematiska formel som används för att vid den elektroniska auktionen automatiskt bestämma rangordningen med hänsyn till de nya priser och nya värden som skall lämnas under auktionen. Den matematiska formeln skall innefatta den i annonsen eller i förfrågningsunderlaget angivna viktningen av alla de kriterier som fastställts för att bestämma vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Om kriterieviktningen angetts som intervall skall dessa i förväg reduceras till ett bestämt värde. Om alternativa anbud är tillåtna skall separata formler ges för varje anbud.

Om tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet avses tillämpas skall inbjudan att delta i auktionen åtföljas av resultatet av en fullständig bedömning av den berörda anbudsgivarens anbud som gjorts i enlighet med den viktning av tilldelningskriterierna som framgår av förfrågningsunderlaget. Detta för att klargöra utgångsläget i auktionen, dvs. den nivå som anbudet befinner sig på vid auktionens början.

Det bör i sammanhanget påpekas att kravet på viktning av tilldelningskriterierna, enligt lagrådsremissens förslag, kommer att gälla både vid upphandlingar inom och utom det direktivstyrda området. Den mer flexibla bestämmelse som normalt gäller vid upphandlingar enligt 15 kap. LOU och LUF, och som innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten får välja fritt mellan att ange tilldelningskriteriernas viktning eller att ange dem i fallande prioritetsordning, kommer med andra ord inte att kunna tillämpas i de fall då elektronisk auktion skall genomföras.

Den elektroniska auktionen får ske i flera på varandra följande etapper, men får inte inledas tidigare än två arbetsdagar efter det datum då inbjudan till auktionen skickats ut.

4.4 Upplysningar till anbudsgivarna och avslutande av elektronisk auktion

Under varje etapp i en elektronisk auktion skall den upphandlande myndigheten eller enheten omedelbart meddela anbudsgivarna tillräckliga upplysningar

för att de skall ha kännedom om sin plats i rangordningen. Den upphandlande myndigheten eller enheten får också lämna andra upplysningar om priser eller värden, under förutsättning att detta har angetts i förfrågningsunderlaget, samt upplysningar om antalet deltagare i den elektroniska auktionen. För att säkerställa att sådan information kan lämnas utan hinder av den absoluta sekretess som normalt råder under en upphandling föreslås också en ändring av 19 kap. 3 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).

Beträffande när en elektronisk auktion skall stängas, dvs. avslutas, kommer den upphandlande myndigheten eller enheten att ha tre olika alternativ.

Det första alternativet är att auktionen stängs vid en viss tidpunkt som angetts i inbjudan att delta i auktionen. Detta alternativ torde dock, från praktisk synpunkt, ha den nackdelen att anbudsgivarna kan komma att ”lurpassa” på varandra avvakta med att lämna sina bästa anbud till i slutet av auktionen i syfte att försöka ge in det sista ”tillräckligt bra” anbudet snarare än det bästa tänkbara anbudet.

Det andra alternativet är att auktionen stängs när det inte längre lämnas några nya priser eller nya värden som motsvarar angivna krav på minsta skillnader. Om detta alternativ avses tillämpas skall den upphandlande myndigheten i inbjudan att delta i auktionen ange hur långt efter det att den har tagit emot det sista anbudet som den kommer att stänga auktionen. En nackdel med detta alternativ kan vara att det blir svårt den upphandlande myndigheten eller enheten att förutse hur länge auktionen kommer att pågå, eftersom detta kommer att styras av anbudsgivarnas agerande. En fördel med alternativet är dock att det inte ger anbudsgivarna incitament att försöka lämna anbud så sent som möjligt, eftersom varje nytt anbud som uppfyller kraven på minsta skillnader i förhållande till tidigare anbud medför att auktionen förlängs. Istället kan anbudsgivarna relativt snabbt förväntas lämna anbud som ligger nära den nivå som är den bästa som respektive anbudsgivare kan erbjuda.

Det tredje alternativet är att auktionen stängs då det antal auktionsetapper som fastställts i inbjudan att delta i auktionen har genomförts. Om detta alternativ avses användas skall tidsplanen för varje etapp i auktionen anges i inbjudan att delta i auktionen. Även detta alternativ torde, i likhet med det första alternativet, ha den nackdelen att det kan innebära att anbudsgivarna försöker lämna in ”tillräckligt bra” anbud så sent som möjligt.

När den elektroniska auktionen har stängts, skall den upphandlande myndigheten eller enheten, enligt lagrådsremissen, tilldela kontraktet på grundval av resultaten av den elektroniska auktionen. Det förtjänar dock att påpekas att den elektroniska auktionen inte behöver avse alla tilldelningskriterier i upphandlingen utan kan avse endast vissa kriterier, t.ex. pris och leveranstid, medan utvärderingen av övriga kriterier görs på traditionellt sätt.

5. ÖVERPRÖVNING AV ELEKTRONISK AUKTION

I lagrådsremissen görs bedömningen att det inte finns behov av någon särskild reglering av vilka beslut vid en elektronisk auktion som kan bli föremål för överprövning. Vidare påpekas att begreppet beslut i rättsmedelsdirektivens mening skall tolkas extensivt och att ett beslut inte på något sätt behöver vara kvalificerat till sin natur eller till sitt innehåll för att kunna bli föremål för överprövning. Istället är det tillräckligt, för att talerätt skall föreligga, att det är fråga om ett agerande från den upphandlande myndighetens eller enhetens sida vilket har rättslig verkan och som en leverantör anser sig lida eller kunna komma att lida skada av.

6. AVSLUTANDE SYNPUNKTER

Genom de bestämmelser som föreslås i lagrådsremissen införs uttryckligt lagstöd för användning av elektronisk auktion vid offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna. Faktum är dock att elektronisk auktion, vid åtminstone ett par tillfällen, redan använts i Sverige. I samband med detta har det, föga förvånande, uppkommit diskussion om huruvida de befintliga bestämmelserna i LOU och LUF ger utrymme för elektronisk auktion.

Med avseende på denna diskussion kan inledningsvis konstateras att det, för att användning av elektronisk auktion skall vara möjlig, krävs att det tillämpade upphandlingsförfarandet medger förhandlingar. Detta eftersom det, vid upphandlingsförfaranden som inte medger att förhandlingar äger rum, inte finns någon möjlighet att ändra i de inlämnade anbuden på det sätt som sker vid en elektronisk auktion. Med de nuvarande bestämmelserna i LOU är det således vid upphandlingar över tröskelvärdena endast undantagsvis, dvs. när förhandlat förfarande får tillämpas, som det är möjligt att genomföra en elektronisk auktion. Vid upphandlingar enligt 15 kap. LOU och vid upphandlingar enligt LUF (såväl över som under tröskelvärdena), då det alltid finns möjlighet att välja ett förfarande som medger förhandlingar, torde dock möjligheterna som utgångspunkt vara större.

En annan frågeställning att beakta är om de nuvarande bestämmelserna i 19 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen, och den absoluta anbudssekretess som följer av dessa bestämmelser och som normalt gäller till dess att tilldelningsbeslut fattas, innebär hinder mot genomförande av elektronisk auktion. Detta eftersom den omständigheten att anbudsgivarna under en elektronisk auktion måste få kontinuerlig information om sin placering, relativt övriga anbudsgivare, i auktionen innebär att anbudsgivarna får del av mer eller mindre utförlig information om de övriga anbudsgivarnas anbud. Enligt min mening behöver dock inte den absoluta sekretessen utgöra något hinder mot att elektro-

nisk auktion genomförs, eftersom det finns möjlighet att upphäva den absoluta sekretessen redan i samband med att de inkomna anbudena öppnas, förutsatt att anbudsöppningen är offentlig.⁶ Det förtjänar dock att påpekas att den omständigheten att den absoluta sekretessen upphävs, inte per automatik innebär att alla uppgifter i inkomna anbud blir offentliga. Även efter att den absoluta sekretessen upphävts kan det finnas skäl att hemlighålla vissa uppgifter, främst med stöd av 19 kap. 3 § första stycket respektive 31 kap. 16 § första stycket offentlighets- och sekretesslagen.

Min uppfattning är därför att elektronisk auktion kan användas redan i enlighet med de nu gällande bestämmelserna i LOU och LUF, under förutsättning dels att det används upphandlingsförfarandet medger förhandlingar, dels att en offentlig anbudsöppning genomförs innan auktionen påbörjas.

Detta innebär dock inte att det finns skäl för att avstå från att införa de bestämmelser som föreslås i lagrådsremissen. Tvärtom är det min uppfattning att bestämmelserna bör införas, eftersom de ger uttryckligt lagstöd för användning av elektronisk auktion och dessutom i större utsträckning än vad som är möjligt enligt gällande rätt.

Ytterligare en fråga rörande elektronisk auktion som varit föremål för livlig debatt är vad användning av elektronisk auktion i praktiken kommer att få för konsekvenser, framförallt om resultatet riskerar att bli alltför stort fokus på priset. I lagrådsremissen görs beträffande denna fråga reflektionen att priset sannolikt kommer att få en dominerande betydelse vid upphandling där elektroniska auktioner används och att en utveckling som innebär att detta sker på bekostnad av angelägna och rimliga krav på kvaliteten hos det som upphandlas naturligtvis inte är önskvärd.

Som påpekas i lagrådsremissen följer sådana effekter dock inte nödvändigtvis av att elektroniska auktioner används. Istället är de konsekvenser som blir följden av att bestämmelser om elektronisk auktion införs beroende av vad de upphandlande myndigheterna och enheterna väljer att utvärdera med elektronisk auktion och på vilket sätt. Dessutom finns det, enligt min mening, anledning att anta att användningen av elektronisk auktion, liksom upphandling i allmänhet, kommer att vara självsanerande såtillvida att de upphandlande myndigheter och enheter som använder elektronisk auktion enbart som ett sätt att pressa priset dels kommer att få allt färre anbud i sina upphandlingar, dels kommer att göra totalekonomiskt sett oförmånliga affärer.

⁶ Av 19 kap. 3 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) framgår att uppgifter som rör anbud inte i något fall får lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet förrän alla anbud offentliggörs (varmed avses offentlig anbudsöppning) eller beslut om leverantör och anbud (dvs. tilldelningsbeslut) fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts (varmed avses att upphandlingen avbryts).