

PM 2 2010-10-14 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (bristande öppenhet och likabehandling).

Gävle kommun har vid upphandling av medarbetarundersökning genomfört värdering av inkomna anbud på ett godtyckligt sätt och utan stöd av i förväg redovisade kriterier.

Gävle kommun (nedan Kommunen) har genom biträde av kommunalförbundet Inköp Gävleborg (dnr. 2010-2837) infordrat skriftliga anbud avseende tjänster för medarbetarundersökning under år 2010 med möjlighet till förlängning även för åren 2012 och 2014. Upphandlingen har utlysts som en förenklad upphandling enligt 15 kap. LOU och påbörjades i mars 2010.¹ Utöver Gävle kommun ska även bolag som ingår i Gävle kommunkoncern samt Gästrikke Räddningstjänstförbund kunna avropa på avtalet.²

I upphandlingsunderlaget anges kommunalförbundet Inköp Gävleborg som ”upphandlande myndighet” medan Gävle kommun står som ”beställare”. Av underlaget i övrigt framgår att upphandlingen genomförs för att täcka ett behov inom Gävle kommun och dess kommunala bolag. Något eget behov av aktuella tjänster för kommunalförbundets räkning omfattar inte upphandlingen.

Av avsnitt 3 i upphandlingsunderlaget, ”Bedömning av anbud”, framgår att inkomna anbud ska komma att bedömas i tre steg enligt följande:

1. Kvalificering (krav på företaget).
2. Prövning (krav på varan eller tjänsten).
3. Utvärdering (bedömning av angivna kriterier)

Vidare framgår enligt avsnitt 3.2 i underlaget, att vid den avslutande anbudsutvärderingen viktning ska komma att ske med 50 procents vikt för anbudens pris samt 50 procent vikt för ”Uppdragets genomförande”. Anbuderna ska därvid åsättas poäng i en skala 1, 3 och 5, där 5 är högsta värde.

Av bilaga 2 till underlaget, avsnitt 5 ”Utvärdering – steg 3” framgår i tre punkter att anbudsgivare ska 1) beskriva processen hur uppdraget ska komma att genomföras utifrån förberedelser, enkätgenomförande, analys och resultatredovisning, 2) redovisa förslag till tidplan inkl deadlines påminnelser m.m. samt 3) beskriva hur resultatet kommer att sammanställas och presenteras. Några specifika krav finns inte kopplade till respektive kriterium, mer än att redovisning ska lämnas.

Någon övrig specifikation om vad som skall uppfyllas avseende kriteriet ”Uppdragets genomförande” eller på vilket sätt detta kriterium ska komma att bedömas i samband med anbudsutvärderingen redovisas inte, varken i underlaget för upphandlingen eller på annat sätt.

Anbudstiden löpte ut den 6 april 2010³ och beslut om tilldelning fattades, såvitt får förstås, den 31 maj 2010. Av Kommunens protokoll samma dag framgår att det i upphandlingen inkommit totalt 13 anbud, vilka samtliga bedömts kvalificerade för utvärdering. Av dessa tilldelades kontrakt till Anbudsgivare 2.

Av förekommande bilagor till utvärderingsprotokollet framgår också att en annan leverantör, här angiven som Anbudsgivare 4, placerats som trea i upphandlingen med 3,0 viktade poäng att jämföra med det vinnande anbudets (Anbudsgivare 2) viktade 3,46 poäng. Anbudsgivare 4 hade erbjudit det totalt sett lägsta anbudspriset i upphandlingen, med 414.744 kronor jämfört med 670.000 kronor i det vinnande anbudet (2). Inom kriteriet ”Uppdragets genomförande” har det vinnande anbudet (2) tilldelats totalt 2,5 viktade poäng medan anbud 4 tilldelats 0,5 viktade poäng.

¹ Upphandlingsunderlaget är daterat den 9 mars 2010.

² Se punkten 1.3 i upphandlingsunderlaget. Organ som utöver Gävle kommun ska kunna avropa på det aktuella avtalet är Gästrikke Vatten AB, Gavlefastigheter Gävle kommun AB, Gävle Energi AB, AB Gavlegårdarna, Gävle Hamn AB samt Gästrikke Räddningstjänstförbund.

³ Gävle kommun har därefter begärt kompletterande uppgifter, vilka skulle vara inne senast den 10 maj 2010.

π

Poängskillnaden avseende kriteriet ”Uppdragets genomförande har därvid kommit att bli utslagsgivande för utgången i upphandlingen.

Någon förklaring till den betydande poängskillnaden mellan anbud 2 och 4 framgår inte av Kommunens protokoll med utvärdering och tilldelningsbeslut.

Av senare mailkorrespondens, av den 8 juni 2010, mellan Kommunen och Anbudsgivare 4 framgår att det inte finns någon ytterligare dokumentation, utöver vad som kan utläsas av tillgängliga protokoll och utvärderingsbeslut.

Det går således överhuvud taget inte att få klarhet i hur bedömningskriterierna har tillämpats samt vilka omständigheter som har legat till grund för Kommunens tilldelning av höga respektive låga poäng vid utvärdering enligt kriteriet ”Uppdragets genomförande”. Värderingen synes istället ha genomförts på ett rent godtyckligt sätt.

För övrigt kan noteras att upphandlingens totalt sett högsta anbud var på 1.689.140 kronor, vilket visar ett prisspann på c:a 400 procent mellan anbud 2 och 4. Kontraktsvärdet kan med ledning av gällande bestämmelser⁴ och vinnande anbud uppskattas till 2.010.000 kronor under den aktuella avtalstiden, inklusive förlängningsår (3 x 670.000 kronor).

Förvaltningsrätten i Falun har i dom av den 7 oktober 2010 förordnat att den aktuella upphandlingen ska göras om.⁵

Gällande rätt

Offentlig upphandling som har påbörjats efter den 1 januari 2008 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Lagen bygger på Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).

Tjänster för undersökningar (CPV 74131100-7), däribland Utformning av undersökningar (CPV 74131110-0) samt genomförande av undersökningar (CPV 74131120-3) utgör s.k. A-tjänster, kategori 14 enligt bilaga 2 till LOU. Om det samlade värdet av det kontrakt som ska upphandlas överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde ska upphandlingen handläggas i enlighet med de på EU-direktiv grundade bestämmelserna i 1-14 kap. LOU, normalt genom öppen upphandling eller selektivupphandling. Understiger värdet detta tröskelvärde får upphandlingen istället genomföras med ledning av de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LOU, normalt genom en s.k. *förenklad upphandling* eller urvalsupphandling. Enligt 3 kap. 3 § LOU ska värdet av ett kontrakt som ska upphandlas uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska även förekommande options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. För närvarande (2010) uppgår tröskelvärdet vid offentlig upphandling av tjänster inom den s.k. klassiska sektorn till 1.919.771 kronor.⁶

Med *upphandlande myndighet* avses enligt 2 kap. 19 § LOU statliga och kommunala myndigheter och kommunala beslutande församlingar. Begreppet upphandlande myndighet omfattar även *offentligt styrda organ* såsom bl.a. kommunala bolag⁷. Dock krävs att upphandling

⁴ För värdeberäkning, se 3 kap. 3 § LOU.

⁵ Förvaltningsrätten i Falun, dom av den 7 oktober 2010 i mål 4149-10.

⁶ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärdet* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU, löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Tillkännagivande ska ske angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av A-tjänster inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet) till 193.000 euro eller 1.919.771 svenska kronor se vidare regeringens Tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärdet vid offentlig upphandling samt Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärdet som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärdet vid offentlig upphandling.

⁷ Med offentligt styrda organ avses enligt 2 kap. 12 § LOU sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

1. som till största delen är finansierade av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet,
2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller
3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

π

genomförs för den upphandlande myndighetens egna behov. Genom en lagändring som avser upphandlingar som har påbörjats efter den 15 juli 2010, har numera även införts en möjlighet i 4 kap. 22 § LOU att upphandlande myndigheter får genomföra upphandlingar genom s.k. upphandlingscentraler, vilka genomför aktuella anskaffningar i eget namn⁸.

Det huvudsakliga syftet med de upphandlingsrättsliga bestämmelserna är att säkra att den offentliga anskaffningen sker genom en effektiv konkurrens samt att leverantörerna och deras ansökningar och anbud behandlas lika, utan ovidkommande hänsyn.

Frågan om grunderna för vilka anbud som ska antas är central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller som huvudregel att offentlig upphandling ska genomföras på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt med iakttagande av principen om öppenhet (transparens) som bär upp den centrala EU-rätten och kommer till uttryck genom bl.a. EU-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och den inre marknaden.

Den allmänna *likabehandlingsprincipen* är tillämplig på all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena, och innebär i korthet att samtliga tänkbara leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud vid offentlig upphandling. Vissa leverantörer eller grupper av leverantörer får inte ensidigt gynnas. Någon ”fri prövningsrätt” får exempelvis inte komma i fråga.⁹

Av kravet på *öppenhet (transparens)* följer vidare att samtliga leverantörer ska ges tillgång till upphandlingsrelevant information vid ett och samma tillfälle och på liknande villkor. Informationen ska vara klar och tydlig och ange bl.a. vilka omständigheter som ska komma att beaktas vid värderingen av inkomna anbud samt på vilket sätt värderingen ska genomföras (vad som krävs för de olika poängnivåerna etc.). Den upphandlande myndigheten får exempelvis inte i efterhand lägga till eller ändra kriterierna eller genom allmänt hållna värderingskriterier lämna utrymme för rent godtycke vid anbudsvärderingen. Någon ”fri prövningsrätt” får inte förekomma.

Yttrande

Gävle kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar. Kommunalförbundet Inköp Gävleborg har, som det får förstås, för kommunens räkning yttrat att till att kommunalförbundet inväntar svar från förvaltningsrättens prövning i pågående mål (4149-10) avseende den aktuella upphandlingen.

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.

Den nu aktuella upphandlingen avseende tjänster för medarbetarundersökning påbörjades i mars 2010. Av upphandlingsförutsättningarna framgår att upphandlingen genomförs för att täcka behov inom Kommunen och dess kommunala bolag. Vid den aktuella tidpunkten var det inte lagligen möjligt att genomföra upphandlingar genom s.k. upphandlingscentraler med eget ansvar för upphandlingen. Kommunalförbundet Inköp Gävleborg kan i det aktuella fallet således inte utgöra upphandlande myndighet, utan denna ska rätteligen vara Kommunen.

Upphandlingen avser ett samlat kontraktsvärde som kan komma att överstiga på området gällande tröskelvärde. Förfarandet ska av dessa skäl rätteligen bedömas i enlighet med de på EU-direktiv

⁸ Se lagen 2010:571 om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förslaget till nyt bestämmelse 4 kap. 22 § LOU, jämte övergångsbestämmelserna till nämnda ändringsförfattning, punkten 2. Se även prop. 2006/07:128, s. 184 jämfört med Ds 2009:30, 287 ff. och prop. 2009/10:180.

⁹ Se NJA 1998 s. 873 (*Sala-målet*).

π

grundade bestämmelser som finns införda i 1-14 kap. LOU. Det har således inte varit möjligt för Kommunen att genomföra upphandlingen som ett *förenklat förfarande* enligt 15 kap. LOU.

Av utredningen i ärendet framgår att det har kommit in totalt 13 anbud, bland annat från Anbudsgivare 2 och 4. Utifrån Kommunens utvärderingsprotoll har dessa anbud fördelat sig så att Anbudsgivare 4 har erbjudit det i upphandlingen totalt sett lägsta priset medan enligt Kommunens uppskattning högsta poäng inom kriteriet ”*Uppdragets genomförande*” har tilldelats Anbudsgivare 2, vilken därmed har vunnit upphandlingen. Några riktlinjer för bedömningen av kriteriet ”*Uppdragets genomförande*” som kan förklara skillnaden i poäng mellan anbuderna redovisas emellertid inte, varken i förfrågningsunderlaget eller i något annat underlag för upphandlingen. Kommunen har inte heller i efterhand förmått lämna någon sådan redovisning. Värderingen av inkomna anbud har därmed skett på ett godtyckligt sätt. Till följd av påtalade brister i underlaget har det inte förelegat grund för värdering av annat än anbudens pris. Tilldelning skulle därmed rätteligen ha skett till Anbudsgivare 4. Alternativt skall upphandlingen göras om i sin helhet.

Kommunen har således brutit mot de gemenskapsrättsligt grundade kraven på likabehandling och transparens (öppenhet) på ett sätt som har medfört en diskriminerande särbehandling. Förutsättningarna för konkurrensen har därvid snedvridits samtidigt som förtroendet för Kommunen som upphandlare har undergrävts.