

PM 2 2010-10-14 SLUTLIG BEDÖMNING

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

*Konsumentverket har vid upphandling av kvantitativa undersökningar (postala enkäter och/eller telefonintervjuer) utslutit en anbudsgivare utan stöd av förfrågningsunderlaget.*

Konsumentverket har i maj 2010 infordrat skriftliga anbud avseende "Fältarbete kvantitativa undersökningar" (dnr. 2010-659). Upphandlingen har utlysts som en *förenklad upphandling* enligt 15 kap. LOU samt annonserats i nationell databas, [www.allego.se](http://www.allego.se).

Upphandlingen omfattar två kvantitativa undersökningar avseende konsumenters förhållande till apoteksmarknaden. I uppdraget ingår stöd i utveckling av frågeunderlaget, fältarbete (via telefon och post) samt resultat i en SPSS datafil och är uppdelad i två självständiga delmoment:

1. Upprepning av undersökningen "Nollmätning" del 1.
2. Upprepning av undersökningen "Mer eller mindre" del 2.

Av avsnitt 7.2 i verket "Förfrågningsunderlag avseende upphandling", framgår under rubriken "Principer för anbudsutvärdering" följande:

"Konsumentverket kommer att utvärdera inkomna anbud enligt följande 4 steg:

Steg 1: Krav på leverantör (kvalifikationskrav), bilaga 1. Konsumentverket kontrollerar att anbudsgivaren är fri från hinder enligt 10 kap. 1-2 §§ lagen om offentlig upphandling (LOU) samt uppfyller övriga kvalifikationskrav. Är kraven inte uppfyllda kommer anbudet inte att utvärderas i steg 2.

Steg 2: Är kraven på leverantören (kvalifikationskrav) uppfyllda prövar Konsumentverket om samtliga skall-krav i kravspecifikationen, bilaga 2 är uppfyllda. Är kraven inte uppfyllda kommer anbudet inte att utvärderas i steg 3.

Steg 3: Under förutsättning att anbudsgivaren uppfyller samtliga krav i steg 1 och 2, utvärderar Konsumentverket anbudet utifrån de utvärderingskriterier som anges i pkt 7.3 nedan."

Av bilaga 1 till samma förfrågningsunderlag, avsnitt 1, punkten 7 framgår vidare följande s.k. skall-krav:

"Anbudsgivaren skall kunna genomföra kvantitativa undersökningar (postal enkäter och/eller telefonintervjuer) baserade på statistiskt säkerställt urval.

Anbudsgivaren skall under de senaste tre åren ha genomfört minst tre, av referenskund godkända uppdrag och omfattning som i allt väsentligt svarar mot givna krav i förfrågningsunderlagets kravspecifikation".

Anbudstiden löpte ut den 31 maj 2010. Vid anbudstidens utgång registrerades totalt 11 anbud, bland annat ett anbud från Anbudsgivare 5. Av anbudet framgår tre namngivna referenser från de senaste tre åren, vilka avser godkända uppdrag och innefattar omfattning som i allt väsentligt svarar mot givna krav i förfrågningsunderlagets kravspecifikation.

Beslut om tilldelning fattades den 11 juni 2010. Av tillgänglig tilldelningsinformation<sup>1</sup> framgår att anbudet från Anbudsgivare 5 förkastats ur upphandlingen och således inte upptagits till slutlig anbudsprövning. Som skäl till detta anges följande:

"Anbud nr 5 [...] uppfyller ej ställda skall-krav avseende att anbudsgivaren skall under de senaste tre åren ha genomfört minst tre, av referenskund godkända uppdrag och omfattning som i allt väsentligt svarar mot givna krav i förfrågningsunderlagets kravspecifikation. Angivna referenser i anbudet svarar inte mot angivna krav i kravspecifikation. Anbudsgivaren har inte uppfyllt detta skall-krav".

<sup>1</sup> Konsumentverket, protokoll "Upphandlingsbeslut – Upphandling dnr 2010/659 Fältarbetet till kvantitativa undersökningar" daterat den 11 juni 2010 (dnr. 2010/659).

$\pi$ 

Under hand har Konsumentverket uppgivit att det som har lagts till grund för bedömningen att förkasta anbud 5 är att anbudsgivaren inte i sitt anbud har angivit någon redovisning med specifikation av vad referensuppgiften har innefattat för konkreta åtgärder.<sup>2</sup>

Sådant krav på att anbudet ska innefatta något slags specifikation av tidigare uppdrag framgår emellertid inte, varken av förfrågningsunderlaget för den aktuella upphandlingen eller på annat sätt.

I ett yttrande till Förvaltningsrätten i Karlstad<sup>3</sup> har Konsumentverket uppgivit att ”det ligger i sakens natur” att utöver angivande av referenser, anbud även ska innefatta utförliga beskrivningar av tidigare utförda tjänster.

Såvitt Anbudsgivare 5 erfarit har Konsumentverket inte heller kontaktat av bolaget anvisade referenser.

Kontraktsvärdet kan med ledning av gällande bestämmelser<sup>4</sup> uppskattas till ett värde understigande gällande tröskelvärde.<sup>6</sup>

Förvaltningsrätten i Karlstad har genom dom av den 27 juli 2010 förordnat att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att referenserna från Anbudsgivare 5 kontrolleras, alternativt ska Anbudsgivare 5 ges tillfälle att komplettera anbudet med beskrivning av de i bilaga 2 punkten 7 efterfrågade uppgifterna. För det fall att anbud 5 befinner sig uppfylla ställda skall-krav i punkten 7 ska utvärderingen göras om och anbudet därvid beaktas.<sup>5</sup>

### 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 understiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde ska upphandlingen handläggas i enlighet med de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LOU, normalt genom en s.k. *förenklad upphandling* eller urvalsupphandling. För statliga myndigheter uppgår för närvarande (2010) tröskelvärdet vid upphandling av tjänster inom den s.k. klassiska sektorn till 1.243.375 kronor.<sup>6</sup>

Med upphandlande myndighet avses enligt 2 kap. 19 § LOU bl.a. statliga myndigheter.

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.

<sup>2</sup> E-mail av den 16 juni 2010, från Konsumentverket till Anbudsgivare 5.

<sup>3</sup> Förvaltningsrätten i Karlstad, aktbilaga 8 i mål 4915-10.

<sup>4</sup> För värdeberäkning, se 3 kap. 3 § LOU.

<sup>5</sup> Förvaltningsrätten i Karlstad, dom av den 27 juli 2010 i mål 4915-10.

<sup>6</sup> 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 är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet) till 125.000 euro eller 1.243.375 svenska kronor; se vidare regeringens Tillkännagivande (2010:53) om 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.

π

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.

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

Konsumentverket 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.

### 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.

Konsumentverket är såsom statlig myndighet skyldigt att följa vid varje tidpunkt gällande upphandlingsbestämmelser. Den aktuella upphandlingen avser ett kontraktsvärde som kan uppskattas understiga på området gällande tröskelvärde. Förfarandet ska därför rätteligen bedömas i enlighet med de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LOU.

Av utredningen i ärendet framgår att det inom föreskriven anbudsfrist har kommit in totalt 11 anbud, bland annat ett anbud från Anbudsgivare 5. Vid anbudsprövningen, innan den slutliga värderingen, har anbud 5 förkastats ur upphandlingen. Till grund härför har Konsumentverket åberopat att anbudet inte uppfyller ställda skall-krav med avseende på en beskrivning av tidigare utförda referensuppdrag. Något sådant krav på beskrivning av tidigare utförda tjänster framgår emellertid varken av det aktuella förfrågningsunderlaget eller av något annat underlag för upphandlingen. Konsumentverket har i istället yttrat att detta får anses ligga ”i sakens natur”.

Av de EU-rättsliga principer som ligger till grund för all offentlig upphandling framgår att upphandling ska genomföras med öppna och förutsägbara villkor. Förekommande krav och kriterier ska tydligt anges i förväg och får inte tillföras i efterhand.

Som det aktuella upphandlingsunderlaget har utformats har Anbudsgivare 5 inte haft anledning att räkna med att anbud, förutom referenser även ska innefatta en beskrivning av tidigare utförda tjänster. Beslutet att förkasta anbudet 5 har med Konsumentverkets motivering således skett på ett godtyckligt sätt. Konsumentverket har därmed brutit mot de gemenskapsrättsligt grundade kraven på likabehandling och transparens (öppenhet) på ett sätt som har en snedvridding av konkurrensen samtidigt som förtroendet för verket som upphandlare har undergrävt.