

PM 2 2008-09-05 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (för kort anbudstid).

Bollnäs kommun upphandlar byggtreprenadarbeten för uppskattningsvis c:a 30 miljoner kronor i strid mot gällande bestämmelser. Bland annat var anbudstiden angiven i annonsen om upphandlingen till en dryg vecka (totalt åtta arbetsdagar).

Bollnäs kommun, Fastighetsgruppen, har genom annons i nationell databas, www.ajour.se, infortrat anbud på byggtreprenadtjänster.

Kommunen hade den 8 och 16 februari 2008 tecknat hyreskontrakt med Staten genom Försäkringskassan om att upplåta 2.000 kvadratmeter lokalyta för totalt 110 arbetsplatser i Bollnäs. Eftersom det saknas lämpliga lokaler på orten har kommunfullmäktige i Bollnäs beslutat att låta uppföra ett nybyggt "kontorshotell" på fastigheten Bollnäs Heden 4:115.

Försäkringskassans beslut att etablera verksamhet i Bollnäs har tillkommit efter vad kommunen beskriver som en hård konkurrens med övriga orter i regionen och krav har bl.a. framförts från Försäkringskassan på en kort inflyttningstid. Tillträde skall enligt hyreskontraktet ske per den 1 november 2008.

Planerna på att uppföra ett kontorshotell för Försäkringskassans räkning har varit aktuella inom Bollnäs kommun sedan åtminstone mars 2007.¹ Som framgår av hyreskontraktet med Försäkringskassan finns en principskiss upprättad sedan den 11 oktober 2007.² Ursprungligen hade kommunen planerat att uppdra uppförandet av den aktuella byggnaden direkt till ett lokalt byggföretag, här angivet som Byggföretag X. Kommunen har enligt egen uppgift fört löpande förhandlingar med detta företag om att genomföra nybyggnaden. Någon offentlig upphandling genomfördes inte. Efter det att kritik riktats mot kommunen för bristande upphandling har förhandlingarna med Byggföretag X avslutats. Därefter har kommunen dels uppdragit anläggandet av en grundplatta för nybygget direkt från Byggföretag X, dels beslutat genomföra ett offentligt upphandlingsförfarande avseende övriga delar av byggtreprenaden. Bland annat har kommunen uppgivit följande:

"Vi hade ju själv den uppfattningen om att detta inte var ett korrekt handlande, så vi har gjort allt vi kan för att 'backa bandet'. Efter förhandlingar med de kommande hyresgästerna, så har vi förhoppningar om att uppnå en tidsfrist, för att kunna genomföra en upphandling vad gäller kontorsbyggnaden, meddelar kommunalrådet [...]. Han säger vidare att förberedande markarbeten och gjutningen av grundplattan för byggnaden, redan pågår. Detta var tvunget att ske omedelbart med tanke på den snäva tidplanen. Upphandlingen som nu kommer att ske, kommer att genomföras som en totalentreprenad".³

Ett underlag för annonsering av upphandlingen av byggtreprenadarbeten avsändes av kommunen den 29 februari 2008 för publicering i nationell databas. Av annonsunderlaget framgår att upphandlingen skulle handläggas enligt förfarandet för s.k. förenklad upphandling samt att sista datum för mottagande av anbud var den 11 mars 2008. Den av kommunen utsatta frist inom vilken anbud skulle kunna lämnas (anbudstiden) uppgick enligt annonsen således till elva dagar, varav sju arbetsdagar.

Förfrågningsunderlaget för den aktuella upphandlingen, rubricerat "Nybyggnad kontorshotell", är upprättat den 28 februari 2008. Av underlaget framgår (AFA.21) att upphandlingen avser nybyggnad på fastigheten Bollnäs Heden 4:115 innefattande uppförande av ett kontorshotell i två plan med en total bruttoarea på c:a 2.100 kvadratmeter och en bruttovolym på c:a 13.000 kvadratmeter. Från

1 Se Bollnäs kommun, pressmeddelande den 18 februari 2008.

2 Av hyreskontraktet av den 8 och 16 februari 2008 mellan Bollnäs kommun och Försäkringskassan framgår under punkten "Övriga avtalsvillkor" bl.a. följande: "Byggnaden uppförs med Försäkringskassans lokalprogram 20070531 som bas. Byggnaden utformas i princip enligt skiss upprättad av Lannäs Konsult AB 2007-10-11, men med öppna landskap. Samråd sker mellan arkitekt och hyresgäst. Byggnaden förbereds för fortsatt utbyggnad".

3 Se Bollnäs kommun, pressmeddelande den 3 mars 2008.

upphandlingen undantas dock grundläggning av byggnaden, förutom entréplan/skärmtak och utrymningstrappor.⁴ Till underlaget finns bifogat en samma dag upprättad rambeskrivning jämte ritningar av byggnaden.⁵ Vidare framgår (AFB.12 och AFB.13) att entreprenadformen är totalentreprenad i fast pris utan indexreglering samt (AFB.11) att upphandlingen genomförs som en förenklad upphandling, varvid anbud kan komma att antas utan föregående förhandling. Anbud skall (AFB.32) vara kommunen tillhanda senast den 11 mars 2008 och anbudsgivare skall (AFB.33) därefter vara bunden av sitt anbud i 60 dagar.

Minst en leverantör har tillskrivit Bollnäs kommun och påtalat den korta tidsfristen samt begärt förlängd anbudstid. Kommunen har dock avslagit framställan med hänvisning till synnerlig brådska.⁶ Leverantören har inkommit med anbud inom föreskriven tid.

Med ledning av inkomna anbud kan den aktuella byggentreprenadens uppskattas till c:a 30 miljoner kronor, varav kostnaden för grundläggning kan uppskattas till c:a 1,5 miljoner kronor.⁷ Entreprenadens s.k. upphandlingsvärde kan i nu aktuella delar således uppskattas till c:a 28 miljoner kronor.

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).

Upphandling av byggentreprenadarbeten skall om det samlade upphandlingsvärdet understiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde (vilket för närvarande uppgår till 5.150.000 euro eller 47.778.869 svenska kronor)⁸ handläggas i enlighet med de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LOU. Det aktuella regelverket är i princip överfört ograverat från äldre bestämmelser i 1992 års lag (G-LOU).⁹

Bestämmelserna är tillämpliga på kontrakt med ekonomiska villkor som avser byggentreprenader, varor eller tjänster inom den s.k. klassiska sektorn och som ingår av s.k. *upphandlande myndigheter*.¹⁰ Hur upphandling skall genomföras¹¹ regleras i lagen för samtliga fall.¹²

Tillsynsmyndighet för offentlig upphandling var tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU), numera utövas tillsynen av Konkurrensverket.¹³

Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller som huvudregel att all upphandling skall genomföras på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt med iakttagande av principerna om ömsesidigt erkän-

4 Av underlaget framgår att ”Grundläggning utförs i annan entreprenad”.

5 De aktuella ritningarna är daterade den 28 februari 2008, men samma arkitektfirma (Lannås Konsult AB) hade redan i oktober 2007 (se fotnot ovan) upprättat en principskiss avseende den aktuella byggnaden.

6 Skrift den 7 mars 2008 till Bollnäs kommun med framställan från en konkurrerande leverantör om förlängd anbudstid.

7 Grundläggningskonstanten avser c:a 1.000 kvadratmeter och kan vid en försiktig beräkning uppskattas till en kostnad av 1.500 kronor per kvadratmeter. Totalt uppskattat värde uppgår således till (1.000 kvm x 1.500 kr) = 1,5 miljoner kronor.

8 Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande tröskelvärdet fastställs av EG-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling, angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för byggentreprenadarbeten uppgår vid upphandling inom den klassiska sektorn till 5.150.000 euro eller 47.778.869 svenska kronor. Motsvarande tröskelvärde för upphandling av A-tjänster inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet till 206.000 euro eller 1.911.155 svenska kronor se vidare 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 tröskelvärderna som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärderna vid offentlig upphandling.

9 Några väsentliga förändringar i 15 kap. LOU jämfört med tillämpningsområdet för motsvarande äldre nationella bestämmelser i 6 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (G-LOU) har inte gjorts. För närvarande bereds inom regeringskansliet en översyn av de nationella bestämmelserna i enlighet med upphandlingsutredningens betänkande SOU 2006:28.

10 Bestämmelserna i LOU omfattar förutom kommunala myndigheter även beslutande församlingar i kommuner och landsting.

11 Med ”klassiska sektorn” avses upphandling av varor, tjänster eller byggentreprenader som inte omfattas av lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – LUF.

12 Se 2 kap. 19 § (och 2 kap. 12 §) LOU. Med upphandlande myndighet avses i lagen statliga och kommunala myndigheter. Vid tillämpningen skall med myndighet jämföras även beslutande församlingar i kommuner och landsting.

13 Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret över den offentliga upphandlingen till Konkurrensverket.

nande och proportionalitet. Därav följer att offentlig anskaffning skall ske med effektivt konkurrensutnyttjande och under öppna, dokumenterade och förutsebara former samt genom lika behandling av leverantörer (anbudssökande och anbudsgivare) i alla skeden av anbudsförfarandet. Genom lagens bestämmelser och det konkurrenstryck som därmed åstadkoms skyddas skattebetalarna mot onödigt höga kostnader samt motverkas korrupktion i offentlig sektor.

Det i LOU angivna principerna om likabehandling och icke-diskriminering följer ytterst av EG-fördraget, och skall iaktas av upphandlande myndigheter även i fråga om upphandlingar som ligger utanför det direktivstyrda området. Av kravet på likabehandling följer att intresserade leverantörer ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud eller ansökningar om att lämna anbud. Samtliga leverantörer måste ges tillgång till för upphandlingen relevant information, vid ett och samma tillfälle och på liknande villkor. Föreskriften om icke-diskriminering innebär vidare att krav som ställs upp i en upphandling inte får ges någon diskriminerande verkan. Myndigheten får exempelvis inte utforma förutsättningarna för exempelvis anbudsgivningen på sätt som kan medföra diskriminerande verkan mellan leverantörer.

I EG-domstolens praxis¹⁴ har principen om icke-diskriminering tolkats så att kraven i en upphandling inte får otillbörligt gynna någon som kommer från viss ort eller har särskild lokal kännedom eller representerar ett visst område, eftersom detta leder till diskriminering av företag från andra områden eller länder. Icke-diskriminering förutsätter således att vid kommunal upphandling leverantörer från andra kommuner eller orter måste behandlas på samma sätt och ges lika villkor som exempelvis leverantörer från den egna kommunen eller orten.¹⁵

I det nu aktuella ärendet aktualiseras främst två frågor, dels i vad mån det är förenligt med kravet på likabehandling att ge viss leverantör insyn i de för upphandling aktuella förhållandena innan övriga leverantörer ges motsvarande information, vidare huruvida en anbudstid på totalt elva dagar, varav sju arbetsdagar, kan anses skälig i samband med upphandling av entreprenadarbeten för uppförandet av en byggnad på c:a 2.000 kvadratmeter.

Frågan om insyn i en upphandlings preliminära stadium, genom exempelvis biträde av självständiga företag som senare även skulle kunna lämna anbud i den offentliga upphandlingen, har av den tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU) kommenterats enligt följande: *”En konsult som anlitas för att utarbeta kravspecifikationen till en upphandlade [myndighet] får normalt inte delta i anbudsgivning vid upphandling av den slutliga produkten eller tjänsten. Härvid skulle konsulten få konkurrensfördelar som övriga leverantörer inte får”*.¹⁶ I en senare kommentar har nämnden tillagt följande *”Omvänt är det således möjligt att använda en konsult i upphandlingen om det kan anses att konsulten inte fått en otillbörlig konkurrensfördel i tidigare led. En konsult som deltagit i tidigare led har ofta en konkurrensfördel genom att vara bättre ’påläst’ och insatt i frågan än övriga anbudsgivare”*.¹⁷ Nämndens bedömningar överensstämmer med vad världshandelsorganisationen WTO föreskrivit i de s.k. GPA-bestämmelserna för statlig upphandling, nämligen att *”Upphandlande [myndigheter] skall inte, på ett sådant sätt, att det kan komma att utesluta konkurrens, efterfråga eller acceptera råd som kan användas i sammanställning av underlag för en enskild upphandling från ett företag som kan ha kommersiella intressen i upphandlingen”*.¹⁸ De aktuella GPA-bestämmelserna har numera inarbetats i det klassiska upphandlingsdirektivet, genom en föreskrift i beaktandesatserna, med innebörden att innan ett upphandlingsförfarande inleds får den upphandlande myndigheten genom en ”teknisk dialog” söka eller godta råd som kan användas

14 Se EG-domstolens dom av den 20 september 1988 i mål C-31/87, Gebroeders Beentjes, REG 1988, s. 4635, samt den 22 juni 1993 i mål C-243/89, Storebæltsforbindelsen AS, REG 1993, s. I-3353.

15 Se prop. 2006/07:128, del 1, s. 183.

16 Se Nämnden för offentlig upphandling, NOU-info, april 1994 s. 9. Se även nämndens årssammanställning för 1993-1995, avsnitt 5.7, s. 25, samt årssammanställningen för 1996 s. 22 ff.

17 Se Nämnden för offentlig upphandling, NOU-info, årssammanställningen för 1996 s. 23.

18 Se artikel VI.4 i World Trade Organization Government Procurement Agreement (WTO GPA),– publ. i EUT L 336, s. 1, svensk specialutgåva, område 11, volym 38, s. 3.

när specifikationerna utarbetas, dock under förutsättning att sådana råd inte leder till hinder för konkurrensen. I gemenskapsrättslig praxis har EG-domstolen i ett avgörande 2005 uttalat att det kan strida mot likabehandlingsprincipen om viss leverantör ges särskild insyn i det förberedande upphandlingsarbetet före andra leverantörer. Det är enligt domstolen däremot inte möjligt att från anbudsgivning automatiskt utesluta denne leverantör, utan att han samtidigt ges möjlighet att visa att den aktuella insynen inte har medfört någon otillåten konkurrensfördel.

EG-domstolen konstaterade i de förenade målen C-21/03 och C-34/03, *Fabricom*, att den grundläggande likabehandlingsprincipen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling. En person som har haft ansvar för forskning, experiment, analys eller utveckling med avseende på en kommande offentlig upphandling befinner sig emellertid inte nödvändigtvis i samma situation som en person som inte har utfört ett sådant arbete. Samtliga anbudsgivare måste emellertid ha samma chans att formulera sina anbud. Därför är det enligt domstolen möjligt att ställa andra krav på en sådan person, t.ex. ett krav på att denne i den konkreta upphandlingen skall visa att problem med otillbörliga fördelar eller intressekonflikter på grund av hans förberedande arbete inte föreligger för att han skall kunna lämna anbud.

Domstolen fann däremot att gemenskapsrätten utgör hinder för allmänna bestämmelser som innebär att den som har ansvarat för forskning, experiment, analys eller utveckling med avseende på bygg och anläggningsarbeten, varor eller tjänster, förbjuds att lämna anbud vid den senare upphandlingen av aktuella arbeten, utan att samtidigt ges möjlighet att i det konkreta fallet visa att erfarenheterna från de inledande aktiviteterna inte leder till någon snedvridning av konkurrensen. Berörda företag måste således ges en möjlighet att visa att deras tidigare aktiviteter inte har medfört någon otillåten konkurrensfördel.¹⁹

Den andra frågan, vad som får anses utgöra skälig anbudstid, måste bedömas med utgångspunkt i den enskilda upphandlingens grad av komplexitet samt om upphandlingen avser arbeten över eller under gällande tröskelvärde.

För upphandlingar över gällande tröskelvärde gäller att tiden för mottagande av anbud som regel skall vara minst 52 dagar från den dag då annonsen om upphandling avsändes. Förkortad anbudstid kan enligt bestämmelserna undantagsvis komma ifråga vid brådska.²⁰ Dock inte vid sådan tidsnöd som är en följd av exempelvis bristande planering från den upphandlande myndighetens sida.²¹

Några motsvarande, i lagen inskrivna tidsfrister föreligger emellertid inte för upphandlingar under gällande tröskelvärde eller av B-tjänster. Vid exempelvis förenklad upphandling av byggtreprenadarbeten enligt 15 kap. LOU får vad som skall anses utgöra skälig anbudstid i stället bedömas med hänsyn till upphandlingens art, storlek och karaktär samt med beaktande av de grundläggande principerna om bl.a. likabehandling och ickediskriminering i 1 kap. 9 § LOU.

I årssammanställningen för 1996 anger (dåvarande) Nämnden för offentlig upphandling att skälig tid för tänkbara leverantörer att inkomma med anbud får bedömas från fall till fall. Avgörande är först och främst upphandlingens komplexitet, men även omständigheter som till exempel eventuell behov av affärsförhandlingar med underleverantörer (köp och test av komponenter, hyra av lokaler, maskiner m.m.), huruvida tekniska beräkningar eller ritningsarbeten måste utföras, läget på arbetsmarknaden i aktuell bransch o.s.v. När slutdatum för anbudsgivning skall bestämmas bör

¹⁹ Se EG-domstolens dom av den 3 mars 2005 i de förenade målen C-21/03 och C-34/03, *Fabricom*, REG 2005, s. I-1559.

²⁰ Se 8 kap. 2 § LOU. Om den upphandlande myndigheten har förhandsannonserat upphandlingen enligt de bestämmelser som gäller för sådan annonsering, får enligt 8 kap. 4 § anbudstiden förkortas till en annan tid som är tillräckligt lång för att de som är intresserade skall kunna lämna anbud. Den förkortade tiden bör vara minst 36 dagar. Har annonsen utarbetats och skickats med elektroniska medel får tiden förkortas med 7 dagar. Har den upphandlande myndigheten i samband med annonseringen givit full tillgång till hela förfrågningsunderlaget får tiden förkortas med ytterligare 5 dagar. Tiden får aldrig, om det inte föreligger synnerlig brådska orsakad av oförutsedda omständigheter som inte kan hänföras till den upphandlande myndigheten, i något fall vara kortare än 22 dagar. Vid tidsbrist som beror på omständigheter som inte kunnat förutses eller som inte beror på den upphandlande myndigheten får tidsfristen för att komma in med anbud enligt 8 kap. 8 § LOU sättas ned till 10 dagar. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger sådan tidsbrist som skulle kunna motivera påskyndat förfarande enligt 8 kap. 8 § LOU.

²¹ Se prop. 1992/93:88 s. 79, där regeringen anförde bl.a. följande ”*Det anges inte i grundtexten vad som kan utgöra godtagbara skäl för tidsnöd. Klart är att brådskan inte får vara hänförlig till den upphandlande enheten. Det får alltså inte vara fråga om t.ex. bristande inköpsplanering*”. Jfr även prop. 2006/07:128, s. 365 f.

hänsyn även tas till helger o.dyl. som påverkar den faktiska arbetstiden. Det är ofta lämpligt att redan från början ta till en eller ett par dagar extra för att undvika nödvändiga förlängningar t.ex. efter klagomål från tänkbara leverantörer eller i samband med begäran om överprövning.²² I löpan- de tillsynspraxis har nämnden bl.a. haft att yttra sig om skäligheten av en anbudstid på sju dagar i samband med förenklad upphandling av arkitekttjänster.

En upphandlingsskyldig stiftelse hade infordrat anbud²³ avseende arkitektuppdrag för ombyggnad av ett våningsplan m.m. vid en herrgård. Anbudstiden hade satts till sju dagar. Vid anbudstidens utgång hade det inkommit två anbud medan en anbudsgivare hade avstått från att avge anbud. Nämnden för offentlig upphandling yttrade att anbudstiden på sju dagar i detta fall inte uppfyllde lagens krav på skälighet. Till grund för denna bedömning återopade nämnden bl.a. huvudregeln i [dåvarande] 1 kap. 4 § LOU om att upphandling skall genomföras med utnyttjande av de konkur- rensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Huvudregeln gäller vid all upphandling och innebär att konkurrensen inte får begränsas med oskäligt kort anbudstid. Vid upphandling av rena katalogvaror, enkla kombinationer av standardvaror eller enkla rutintjänster menade nämnden att anbudstiderna kan tillåtas vara kortare än vid en sådan upphandling som exempelvis förutsätter att anbudsgivarna skall kunna kontakta underleverantörer, inhämta prisuppgifter och eventuellt göra ett eller flera besök på plats. En anbudstid på sju dagar kunde vid sådana omständigheter inte betraktas som skäligen fastslog nämnden och noterade att i det aktuella fallet ett tillskrivet arkitektkontor, måhända till följd av den korta anbudstiden eller förfrågningsunderlagets utformning i övrigt, hade avstått från att lämna anbud. Den omstän- digheten att ingen av de inbjudna anbudsgivarna hade begärt förlängning av anbudstiden invercade inte på nämndens bedömning att anbudstiden på en vecka var oskäligt kort.²⁴

I ett annat yttrande, med avseende på Göteborgs stads upphandling av färjetrafik enligt reglerna för förenklad upphandling, har nämnden uttalat att en anbudstid på en och en halv månad (inklusive mellankommande jul- och nyårshelger) med hänsyn till upphandlingens komplexitet och omfattning inte kunde anses som skäligen. Stadsrevisionen i Göteborg hade vid bedömningen av samma upphandling kommit till liknande slutsats. Den korta anbudstiden fick enligt nämnden vidare ses som en otillbörlig fördel för den leverantör som tidigare skött trafiken.²⁵

Regeringsrätten har i RÅ 1999 not. 1 bedömt att en anbudstid på knappt fem veckor (34 dagar)²⁶ vid ett landstings förenklade upphandling av tandvårdstjänster (folktandvård) inte kunde anses skäligen i sig. I likhet med underinstanserna konstaterade Regeringsrätten att ”[a]nbudstiden har med hänsyn till upphandlingens omfattning dessutom varit orimligt kort” samt förordnade av bl.a. detta skäl att upphandlingen skulle göras om²⁷ (se Konkurrenskommissionens tidigare utredning avseende denna upphandling, KKO 97-024).

Länsrätten i Stockholms län har i ett mål som gällde tre veckors anbudstid vid förenklad upp- handling av hälso- och sjukvårdstjänster konstaterat att ”För att kunna avge bindande anbud måste anbudsgivaren ges tillräcklig tid att ingående kunna planera för verksamheten och eventuellt själv genomföra affärsförhandlingar. En så kort anbudstid som tre veckor, vilken dessutom innefattar påskhelgen, innebär att tillgängliga konkurrensmöjligheter inte rimligen kan utnyttjas”. Länsrätten förordnade att upphandlingen skulle göras om.²⁸

Länsrätten i Västerbottens län hade i ett mål om förenklad upphandling av helikoptertjänster att bedöma bl.a. en anbudstid på totalt 25 dagar, varav 12 arbetsdagar (på grund av mellankommande julhelger). Länsrätten fann att, även om det inte var fråga om någon särskilt omfattande upp-

22 Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU) årssammanställningen för 1996, avsnitt 14.2 sid. 39.

23 Anbudsinfordran skedde genom skrivelser till tre leverantörer. Vid den aktuella tidpunkten (1999) tilläts anbudsinfordran vid förenklad upphandling kunna genomföras på detta sätt. Kravet på annonsering i en nationell databas infördes först 2000 i dåvarande

24 Nämnden för offentlig upphandling (NOU), Stiftelsen Baldersnäs, - dnr 1998/0166-26.

25 Nämnden för offentlig upphandling (NOU), Göteborgs stad, - dnr 1998/0160-26.

26 Landstinget hade i den aktuella upphandlingen begärt in anbud den 29 april 1997 och anbudsfristen löpte ut den 2 juni 1997. Den totala anbudstiden uppgick således till 34 dagar.

27 Se Regeringsrättens dom den 12 januari 1999 i mål 6017-1997 (Anders Englund Tandläkarpraktik AB / . Kronobergs läns landsting), publicerad som notisfall i RÅ 1999 not 1. Det aktuella förfarandet hade föregåtts av kritik från Konkurrenskommissionen (se KKO 97-024).

28 Se Länsrätten i Stockholms län, i mål Ö-4546-94.

handling, tidsfristen för att lämna anbud inte kunde anses som skälig. Länsstyrelsen ålades därför att göra om upphandlingen med en anbudstid på fyra veckor.²⁹

Från underrättspraxis kan nämnas även ett icke slutligt prövat mål om förenklad upphandling av arbetsmarknadsutbildning med en anbudstid på 15 dagar. Länsrätten i Blekinge län avlog vad som yrkats interimistiskt, bl.a. på den grunden att den klagande leverantören trots allt hade lämnat anbud i den aktuella upphandlingen samt inte hade förmått ange något bärande skäl för att anbudstiden ändå skulle ha varit oskäligt kort.³⁰ Det kan därmed sättas i fråga om någon skada hade uppkommit för leverantören.³¹ Målet prövades sedermera aldrig i sak, utan avskrevs efter det att slutligt upphandlingskontrakt kom att tecknas.³²

Yttrande

Bollnäs kommun har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande. Kommunen hade från hösten 2007 översiktligt diskuterat Försäkringskassans möjlighet att hyra lokaler av kommunen. Försäkringskassans etablering i Bollnäs har skett efter hård konkurrens med övriga orter i regionen och bedömdes som oviss fram till och med kontraktsskrivningen i februari 2008. Konkurrenskommissionen påpekar riktigt att anbudstiden kan anses som kort. Någon inskriven tidsfrist föreligger emellertid inte i LOU för upphandlingar under tröskelvärdena. Eftersom det rörde sig om en enkel byggnad gjorde kommunen bedömningen att den aktuella tidsfristen var tillräcklig. Det förtjänar också att nämnas att Byggföretaget X inte tilldelades uppdraget i fråga. Bollnäs kommun har tagit till sig av kritiken från Konkurrenskommissionen och avser att vidta åtgärder för att påtalade felaktigheter inte ska upprepas.

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.

Bollnäs kommun är en sådan upphandlande myndighet som är skyldig att iaktta gällande bestämmelser om offentlig upphandling. Kommunen har påbörjat ett förenklat upphandlingsförfarande för att låta uppföra en kontorsbyggnad om c:a 2.000 kvadratmeter till en uppskattad kostnad av c:a 28 miljoner kronor. Planerna på att uppföra det aktuella kontorshotellet har varit kända inom kommunen sedan lång tid tillbaka och i vart fall sedan början av februari 2008, då ett kontrakt om att hyra ut den ännu inte uppförda byggnaden undertecknades. Förhandlingar har även förekommit mellan kommunen och ett lokalt byggföretag (Byggföretaget X) om att utan särskild upphandling genomföra den aktuella byggtreprenaden. Kommunen synes därefter ha ångrat sig och beslutat att utlysa ett offentligt upphandlingsförfarande, varefter anbud har infordrats med en anbudstid på endast 11 dagar, varav sju arbetsdagar.

Det aktuella förfarandet avser byggtreprenadarbeten under gällande tröskelvärde. De nationella bestämmelser som numera återfinns införda i 15 kap. LOU skall därmed tillämpas. Även de gemenskapsrättsligt grundade principerna om bl.a. likabehandling och ickediskriminering av leverantörer skall iakttas. I dessa bestämmelser finns det visserligen inte någon fast reglerad anbudstid som skall iakttas. Av kraven på likabehandling och ickediskriminering följer emellertid att intresserade leverantörer skall lämnas information i så god tid i förväg att de ges möjlighet att lämna anbud på lika villkor.

29 Länsrätten i Västerbottens län, dom den 9 februari 2004 i mål nr. 99-04 E.

30 Se Länsrätten i Blekinge län, beslut i mål 326-96 E.

31 Jfr skaderekvisitet i 7 kap. 1 § LOU: "en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt [samma kap. 2 §] får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder [för överprövning]".

32 Domstolens behörighet att döma i målet upphör sedan upphandlingskontrakt tecknats, se 7 kap. 2 § LOU.

Vad som skall utgöra skäligen anbudstid får således bedömas från fall till fall med utgångspunkt i upphandlingens komplexitet och därmed sammanhängande behov för tänkbara leverantörer att kunna förbereda sig för anbudsgivning. I samband med upphandling av rena katalogvaror, enkla kombinationer av standardvaror eller enkla rutintjänster kan skäligen anbudstid, enligt vad Nämnden för offentlig upphandling (NOU) tidigare har uttalat, tillåtas vara kortare än vid sådan upphandling som förutsätter att anbudsgivarna skall ges tid att exempelvis kontakta underleverantörer, inhämta prisuppgifter och eventuellt göra ett eller flera besök på plats.

Enligt svensk nationell rättspraxis har anbudstider vid förenklad upphandling på mellan en och två veckor ansetts för korta för att uppfylla gällande krav på likabehandling av leverantörer. Även anbudstider på mellan två och tre veckor har i samband med relativt okomplicerade upphandlingar kommit att underkännas. I fråga om upphandling av mer komplexa tjänster har Regeringsrätten bedömt att till och med en anbudstid på c:a fem veckor (34 dagar) med hänsyn till upphandlingens omfattning kan anses orimligt kort.

Åsidosättande av kravet på likabehandling och icke-diskriminering medför vidare, i enlighet med EG-domstolens praxis att en leverantör som av något skäl har givits insyn i det förberedande upphandlingsarbetet kan ha fått en otillbörlig konkurrensfördel genom detta om inte samma information på motsvarande villkor kommer även övriga leverantörer till del. Det är enligt EG-domstolen dock inte möjligt att automatiskt utesluta leverantören från anbudsgivning.³³

Däremot skulle övriga leverantörer som inte har haft del av motsvarande insyn kunna kompenseras genom en extra tilltagen anbudstid så att det tidsmässiga övertag som en konkurrerande leverantör kan ha haft genom aktuell förhandsinformation i praktiken elimineras. Särskilt inriktad förhandsinformation i kombination med en för kort anbudstid riskerar däremot att, såsom i förevarande fall, förstärka bristerna i likabehandling mellan leverantörer.

Bollnäs kommun har i den aktuella upphandlingen känt till och kunnat planera för nybyggnaden av ett kontorshus för Försäkringskassans räkning sedan lång tid tillbaka. Någon synnerlig brådska som inte kan hänföras till annat än bristande planering hos kommunen har således inte förelegat. Kommunen har vidare fört löpande förhandlingar om nybygget med en lokal leverantör (Byggföretaget X), långt innan den aktuella upphandlingen utlystes i slutet av februari 2008. Detta företag har således haft särskild tillgång till förhandsinformation om byggtreprenaden som på motsvarande villkor inte har kommit konkurrerande företag till del. När kommunen sedermera, efter att bl.a. har kritiserats i media, bestämde sig för att utlysa en konkurrensupphandling har anbudstiden satts till endast elva dagar, varav sju arbetsdagar.

Eftersom upphandlingen avser omfattande entreprenadarbeten som kräver lång förberedelsetid får anbudstiden på elva dagar anses orimligt kort. I belysning av att en av kommunen särskilt kontaktad leverantör, Byggföretaget X, till skillnad från sina konkurrenter har fått förhandsinformation om nybyggnadsplanerna framstår den korta tilltagna anbudstiden som desto mer konkurrensnedvridande samt strider mot kraven på likabehandling och icke-diskriminering och öppenhet (transparens) som ytterst följer av EG-fördraget. Konkurrensen på marknaden för entreprenadarbeten har därmed snedvridits. Det förhållande att det var en annan anbudsgivare än Byggföretaget X som vann upphandlingen ändrar inte denna bedömning.

³³ Den upphandlande myndigheten kan enligt EG-domstolens dom emellertid ställa krav på att leverantör som har haft viss förhandsinsyn för att även få delta i upphandlingen skall kunna visa att erfarenheterna från de inledande aktiviteterna inte medför någon risk för snedvridning av konkurrensen.