

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO

02-023

PM 2 2002-06-05 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling.

Arvika kommun har vid selektiv upphandling av persondatorer och datorservice uteslutit leverantörer från deltagande i urvalförfarandet på grunder som inte angivits i förväg.

Arvika kommun har genom bland annat annons i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) i oktober 2000 infordrat skriftliga anbud avseende ”PC-utrustning samt reparation och support Hem-PC paket” under perioden den 1 januari 2001 till och med den 31 december 2001, med möjlighet till förlängning i ett år (1+1).

Av anbudsunderlaget framgår att upphandlingen skall genomföras enligt förfarandet för *selektiv upphandling* enligt lagen om offentlig upphandling.

Av annonsen och övrigt underlag för upphandlingen i form av en ”INBJUDAN TILL ANBUDSANSÖKAN”^{1[1]} framgår att kommunen kommer att bjuda in minst fem och högst tio leverantörer. Av annonsen för upphandlingen framgår inte några kriterier för urval av leverantörer. Det utrymme som avsetts för information avseende krav på juridisk, ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet och förmåga har i annonsförlagan lämnats tom. Av den skriftliga inbjudan till anbudsansökan framgår att urval kommer att ske enligt kriterierna ”Teknisk förmåga”, ”Personella resurser”, ”Priser på Internet för Arvika kommun” samt ”Ekonomisk förmåga”. Vidare framgår att anbudssökande företag skall lämna redovisning avseende vissa förhållanden: huruvida företagen är tillverkare eller återförsäljare, om företagen ingår i någon bransch samt vilket sortimentsbredd företagen har. Anbudssökandena skall även redovisa hur många anställda som arbetar med försäljning, servicefrågor, reparationer samt administration, huruvida företagen har en egen supportavdelning eller om man anlitar en extern leverantör. I fråga om priser på internet, skall anbudssökandena redovisa ”Hur tjänsten kan utnyttjas av kommunen”. Därjämte skall

1[1]

Arvika kommun, ”INBJUDAN TILL ANBUDSANSÖKAN” daterad den 5 september 2002.

anbudssökande företag bifoga intyg om registrering m.m. samt balansräkning för de två senaste räkenskapsåren.

Någon information om hur de aktuella kriterierna bäst skall uppfyllas eller hur den efterfrågade informationen eljest skall komma bedömas finns emellertid inte redovisat i underlaget.

Vid selekteringsfristens utgång den 13 oktober 2000 hade det enligt uppgift inkommit 16 ansökningar om att lämna anbud. Av dessa inbjöds tio leverantörer att lämna anbud. Enligt tillgängligt protokoll med *"Noteringar från selekteringsfasen"* har två anbudssökande (nr. 7 och 13) ställts åt sidan i den fortsatta upphandlingen till följd av att ansökningarna saknat underskrift; en anbudssökande (nr. 12) har ställts åt sidan på grund av ofullständiga uppgifter; en anbudssökande (nr. 5) har ställts åt sidan på grund av att företaget *"... har för snävt sortiment. Produkter av märket [XXXX] kan erhållas hos flera av de företag som kommer att få lämna anbud"*; Två anbudssökande (nr. 9 och 15) har ställts åt sidan *".. på grund av att andra anbudsgivare bättre bedömts kunna uppfylla kommunens behov"*.

Med ledning av uppgifter ur anbudsinvitan kan upphandlingens värde uppskattas till c:a fem miljoner kronor, varav 4,4 miljoner kronor avser varor (PC-utrustning) och 0,6 miljoner hänför sig till tjänster (service och support).

-

Gällande rätt

Offentliga upphandlingar regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Upphandling av varor skall när det samlade värdet av tjänsterna överstiger tröskelvärdet 1.756.000 kronor^{2[2]}, handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap., 2 kap. samt 7 kap. LOU. Upphandling av datatjänster och därmed anknutna tjänster (kategori 7) skall när det samlade värdet av tjänsterna underskrider det ovan angivna tröskelvärdet handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§, 6 kap. samt 7 kap. LOU.

Enligt en särskild viktningsprincip som framgår av 5 kap. 3 § LOU skall vid blandade upphandlingar av varor och tjänster, lagens bestämmelser för varuupphandling i 2 kap. LOU tillämpas om värdet av tjänsterna inte överstiger värdet av varorna.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som huvudregel att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

I förarbetena till lagen om offentlig upphandling motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om ickediskriminering^{3[3]} (jfr. art. 6 i EG-

^{2[2]} Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärdet från den 1 april 2000, vid upphandlingar av varor och tjänster.

^{3[3]} Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.

Romfördraget). Reglerna är bl.a. utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensnedvidande sätt. Lagens bestämmelser medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader.

Med *selektiv upphandling* avses enligt 1 kap. 6 § LOU ett tvåstegsförfarande där en upphandlande enhet efter selektering i en s.k. kvalifikationsfas inbjuder vissa i förväg utvalda leverantörer att lämna anbud. Vid urvalet av vilka leverantörer som skall bjudas in att lämna anbud, får den upphandlande enheten pröva huruvida anbudssökande leverantörer är i konkurs, under ansökan om konkurs eller annat obeståndsförfarande eller är underkastade näringsförbud, är dömda för brott eller har gjort sig skyldiga till allvarligt fel i yrkesutövningen eller inte har fullgjort sina åligganden avseende skatter och allmänna avgifter.

Härutöver kan den upphandlande enheten uppställa egna kvalifikationskrav avseende leverantörernas finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet. I selektionsfasen kan emellertid inte ställas krav att leverantörer skall redovisa vilka delar av upphandlingskontraktet som de avser att lägga ut på någon annan (jfr 1 kap. 18 a § LOU).^{4[4]}

Den upphandlande enheten skall i annonsen eller underlaget för upphandlingen ange med vilka bevis leverantörerna kan styrka sin ställning eller kapacitet i angivet avseende (1 kap. 18 § LOU).^{5[5]}

Enligt den s.k. *transparensprincipen* föreligger det en skyldighet för den upphandlande enheten att lämna information om det praktiska tillvägagångssättet vid upphandlingen samt en motsvarande rättighet för leverantörer att få tillgång till sådan information så att de i förväg kan bilda sig en uppfattning om vad som förväntas av dem i upphandlingen. Vilka åtgärder en upphandlande enhet kommer att vidta under upphandlingsprocessen skall således vara förutsebara för leverantörerna. Avser en upphandlande enhet att pröva särskilda kvalifikationskrav avseende finansiell och ekonomisk ställning samt teknisk förmåga och kapacitet ankommer det således på enheten att i annonsen eller övrigt underlag för upphandlingen redovisa på vilket sätt prövningen kommer att ske. En allmän uppmaning att anbudssökande leverantörer skall inge vissa uppgifter eller bevis, i form av balans- och resultaträkning, uppgift om antalet anställda eller dylikt utgör inte självständig grund för prövning av kvalifikationskrav. Därtill måste den upphandlande enheten ange vad som skall styrkas med bevisen eller hur uppgifterna kommer att värderas (t.ex. vilka minimikrav som

4[4] Av 1 kap. 18a § LOU framgår att den upphandlande enheten i förfrågningsunderlaget får begära att anbudsgivaren i sitt anbud redovisar vilka delar av upphandlingskontraktet som han avser att lägga ut på någon annan. Enligt bestämmelsen tolkad *e contrario* kan sådant krav således inte förekomma redan i selektionsfasen.

5[5] Av förordningen (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling framgår vilka bevis som kan fordras av leverantörer till styrkande av sådana omständigheter som upphandlare angivit tillmäta betydelse i upphandlingen.

gäller för deltagande i upphandlingen)^{6[6]}. Ett uppmärksammat hovrättsavgörande^{7[7]} kan härvid belysa transparensprincipens tillämpning avseende kvalifikationskriterier:

Målet avsåg talan om skadestånd enligt lagen om offentlig upphandling. Socialstyrelsen hade vid kvalifikationsfasen uteslutit en anbudsgivare från fortsatt deltagande bland annat på grund av att företaget bedömts inte besitta tillräcklig finansiell styrka. Några konkreta krav eller någon beskrivning av vad som skulle anses utgöra tillräcklig finansiell styrka hade emellertid inte angivits i underlaget för upphandlingen. Hovrätten dömde Staten genom Socialstyrelsen att betala ett skadestånd på tio miljoner kronor till följd av upphandlingens felaktiga handläggning. Hovrätten uttalade därvid följande: *”Om några ... krav inte har ställts upp kan det i och för sig te sig naturligt att anta att den upphandlande enheten ändå kan kräva att anbudsgivaren skall ha sådan teknisk förmåga och kapacitet samt finansiell ställning att anbudet kan fullgöras. För bedömningen i förevarande fall är det dock utan betydelse hur det närmare förhåller sig i förevarande avseenden. Hovrätten går istället över till att pröva om socialstyrelsen har ställt upp några krav i nyss berörda avseenden. [...] Med utgångspunkt i att socialstyrelsen inte uppställt några särskilda krav på anbudsgivarna när det gäller teknisk förmåga och kapacitet samt finansiell ställning bör socialstyrelsen inte ha kunnat kräva mera än att anbudsgivaren skulle kunna fullgöra sitt åtagande”*. Domen har numera vunnit laga kraft.

I fråga om formkrav för anbudsansökan gäller enligt 1 kap. 19 § LOU att anbud och ansökningar om att få lämna anbud som huvudregel skall lämnas skriftligen. Med skriftligen torde avses en av behörig ställföreträdare eller annan behörig företrädare för anbudsgivaren undertecknad handling. I frågan huruvida skriftlighetskravet är absolut eller om det föreligger en skyldighet för upphandlande enhet att tillåta rättelse av i angivet avseende bristfälliga anbud och ansökningar råder delade meningar. Såvitt framgår av för den aktuella bestämmelsen bakomliggande EG-direktiv^{8[8]} torde denna tolkas strikt. Denna tolkning stöds även av svensk doktrin^{9[9]}. I praxis förekommer emellertid ett lagakraftvunnet länsrättsavgörande där en upphandlande enhet har förelagts att tillåta komplettering i efterhand av en saknad underskrift^{10[10]}. Bristen i skriftlighetsavseende medförde således inte att anbudet kunde saklöst förkastas.

^{6[6]} Kammarrätten i Sundsvall har i två avgöranden, som får anses utgöra på området vägledande rättspraxis, bland annat angivit att ett förfarande, där det *överlämnats åt anbudsgivarna att själva ange vad de anser ligga i de olika begreppen och i vilken mån de uppfyller dem*, och därmed har *lämnat utrymme för en helt subjektiv bedömning*, strider mot lagens krav på affärsmässighet (KamR i Sundsvall, dom i mål nummer 943-1997 samt i mål nr. 1669-2000).

^{7[7]} Svea hovrätt, dom i mål T 212-98, Samres ./ . Staten g.m. Socialstyrelsen, meddelad den 6 november 1998.

^{8[8]} EG-Varuupphandlingsdirektivet 93/36/EEG art 11.4 samt EG- EG-tjänsteupphandlingsdirektivet 92/50/EEG art. 19.5.

^{9[9]} Henze och Sylvén, lagbokskommentaren till lagen om offentlig upphandling, upplaga 1:2 Norstedts 1998, sid. 134 ff.

^{10[10]} Länsrätten i Norrbottens län, dom i mål nummer 847-01, meddelad den 27 april 2001.

Yttrande

Arvika kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom utsatt tid inkomma med något svar.

-

Bedömning

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

Arvika kommuns aktuella upphandling av PC-utrustning samt reparation och support av Hem-PC paket har genomförts enligt förfarandet för *selektiv upphandling* enligt lagen om offentlig upphandling. Förhållandet mellan varor och tjänster i upphandlingen fördelar sig så att upphandlingslagens av EG direktiv styrda bestämmelser för varuupphandling (enligt 1. kap., 2 kap. och 7 kap. LOU) skall äga tillämpning.

Selektiv upphandling är ett tvåstegsförfarande varvid den upphandlande enheten i förväg skall ange såväl vilka krav den ställer på leverantörerna för att få lämna anbud som på vilket sätt leverantörerna skall visa att de uppfyller kraven. När ansökningstiden gått ut, skall den upphandlande enheten granska ansökningarna, ingivna intyg och upplysningar m.m. mot ställda krav samt göra ett urval av vilka anbudssökande som skall bjudas in att lämna anbud.

Hur urvalet skall göras när fler anbudssökande uppfyller ställda kvalifikationskrav än det antal den upphandlande enheten uppgivit att den skall bjuda in, anges varken i EG-direktiven eller lagen om offentlig upphandling. Av upphandlingslagens allmänna princip om affärsmässighet framgår emellertid att anbudssökande skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Enligt gemenskapsrätten gäller dessutom den s.k. likabehandlingsprincipen och transparensprincipen. Därav framgår att urvalet skall göras på objektiva och för anbudssökandena förutsebara grunder.

Av förutsättningarna för den aktuella upphandlingen (annonsen om upphandlingen samt inbjudan att ansöka om att lämna anbud) framgår att Arvika kommun avsett att bjuda in maximalt tio leverantörer att lämna anbud. Några konkreta krav till ledning för vilka anbudssökande som skall bjudas in redovisas emellertid inte i underlaget. Förekommande krav-kriterier har angivits enbart i punktform som ”Teknisk förmåga”, ”Personella resurser”, ”Priser på Internet för Arvika kommun” samt ”Ekonomisk förmåga”. Därjämte har de anbudssökande uppmanats lämna information i olika hänseenden. Hur de punktvis angivna kriterierna samt hur inhämtad information skall komma att bedömas redovisas således inte. Något urval med utgångspunkt i de angivna kriterierna kan således inte ske och någon annan grund för urval har inte lämnats. Förutsättningarna för inbjudan att lämna intresseanmälan har således varit bristfälliga från början.

I den aktuella upphandlingen har urvalet av anbudssökande som inbjuds att lämna anbud (selekteringen) skett på grunder som varken stöds av underlaget för upphandlingen eller eljest utgör klar grund för uteslutning. Bland annat har angivits att vissa

anbudssökande har haft ett ”...för snävt sortiment” eller att ”...andra anbudsgivare bättre bedömts kunna uppfylla kommunens behov...”. Selektionen synes härvid ha skett efter fri prövning av anbudsansökningarna på fullständigt godtyckliga grunder. Upphandlingen har härigenom inte handlagts på ett objektiva och affärsmässiga sätt enligt bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling eller gällande EG-direktiv. Konkurrensen på den lokala marknaden för persondatorer och datoranknutna tjänster har därmed snedvridits.
