

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO

02-045

PM 2 2003-04-08 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Strömsunds kommun har vid upphandling av ramavtal avseende successiva leveranser av datorer beslutat att förkasta ett anbud ur upphandlingen på grunder som inte finns dokumenterade.

Strömsunds kommun infortrade den 11 februari 2002 anbud avseende ramavtal för successiva avrop av datorer under perioden den 1 juni 2002 till och med den 31 maj 2003.

Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen skulle handläggas som en s.k. öppen upphandling. Som ”Kriterier för antagande av anbud” anges att det för kommunen ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall antas, och att service, kompetens, support, pris, kvalitet, samt miljöpåverkan skall komma att värderas i nämnd ordning. Avseende kriteriet ”Pris” anges i underlaget att ”Här bedöms pris enligt bifogade prislistor som skall avse pris tisdagen den 26 mars 2002”. Avseende övriga kriterier anges inte några specificerade krav. Däremot anges att anbudsgivarna skall uppge referenser samt till anbudet foga namn och telefonnummer till dessa. Vidare anges att ”de utpekade referenserna kommer att intervjuas om sin upplevelse av hur anbudsgivaren faktiskt klarat utifrån referensens krav/önskemål...”. För tre kriterier finns angivet vad referenterna skall höras om: Avseende kriteriet ”Pris” anges att ”De utpekade referenserna kommer att intervjuas om sin upplevelse av hur anbudsgivaren utifrån referensens krav/önskemål faktiskt har hanterat prisinformation och prisförändringar”. Avseende ”Kvalitet” anges att ”De utpekade referenserna kommer att intervjuas om sin upplevelse av hur anbudsgivaren utifrån referensens krav/önskemål faktiskt har levt upp till sitt kvalitetsåtagande”. Avseende ”Miljöpåverkan” anges att ”De utpekade referenserna kommer att intervjuas om sin upplevelse av hur anbudsgivaren utifrån referensens krav/önskemål faktiskt har levt upp till sitt miljöåtagande”.

Vid anbudstidens utgång den 8 april 2002 registrerades sex inkomna anbud^{1[1]}, av vilka fyra anbud (A-C samt E) genomgick slutlig värdering. Såvitt framkommit utgör kommunens enda dokumenterade underlag till beslutet om tilldelning i upphandlingen ett nollställningsprotokoll med värdering av inkomna anbud^{2[2]}. Av detta protokoll framgår ett

^{1[1]} Strömsunds kommun, anbudsöppningsprotokoll /Anbudsdiarium (odaterat).

^{2[2]} Strömsunds kommun, tekniska avdelningen, protokoll daterat den 17 maj 2003 ”Sammanställning Anbud IT”.

antal uppgifter om anbuderna som sinsemellan inte låter sig jämföras. Av redovisade prisuppgifter framgår att lägsta pris avseende de två kriterierna *"Pris / mil"* och *"Pris data-tekniker"* erbjuds av Anbudsgivare B medan lägsta pris avseende kriteriet *"Leveransvillkor"* erbjuds av Anbudsgivare A. Någon annan jämförande prisvärdering redovisas inte i värderingsprotokollet eller i något annat tillgängligt skriftligt underlag till kommunens beslut om tilldelning i den aktuella upphandlingen^{3[3]}. Av protokollet framgår att en referensvärdering utförts och att de jämförda anbuderna fördelade sig enligt följande (poängsättningen skedde enligt en skala 1 – 5 där 1 innebär högsta betyg):

Omdömesområde:	Anbud A	Anbud B	Anbud C	Anbud E
Service, kompetens, support	2 poäng	4 poäng	1 poäng	3 poäng
Pris	1 poäng	2 poäng	2 poäng	3 poäng
Kvalitet	1 poäng	4 poäng	1 poäng	4 poäng
Miljöpåverkan	1 poäng	1 poäng	1 poäng	1 poäng
Summa:	5 poäng	11 poäng	5 poäng	11 poäng

På vilket sätt anbuderna kommit att värderas samt vilka positiva respektive negativa värdeomdömen som avgivits avseende de olika anbuderna redovisas inte.

Den 24 maj 2002 beslutade kommunen om tilldelning i upphandlingen, innebärande att anbud C antagits i sin helhet och anbud A delvis. Som motivering angavs *"Det för kommunen mest ekonomiskt fördelaktiga utifrån angivna kriterier"*. Utgången av upphandlingen meddelades Anbudsgivare B genom en skrivelse den 28 maj 2002, till vilken även fogades kommunens anbudsöppningsprotokoll samt värderingsprotokoll. Genom upprepade e-postmeddelanden^{4[4]} begärde Anbudsgivare B en redovisning av vilka referenser kommunen åberopade till grund för att förkasta hans anbud. I ett e-postmeddelande den 19 juni 2002 svarade kommunen följande på Anbudsgivare B:s begäran: *"Du säger att Du vill ha svar i klartext men jag ser det som att referenser är samlade bedömningar där enskilda händelser eller upplevelser finns med, men inte behöver redovisas för diskussion och ifrågasättande. Har man angett en referens nödgas man nog köpa den subjektiva uppfattningen som denne har"*.

Konkurrenskommissionen har genom en formell framställan till Strömsund kommun den 8 juli 2002 begärt att få del av kommunens dokumentation av samtliga intervjuer som utförts i enlighet med nämnda urvalskriterier. Någon dokumentation i angivet avseende har kommunen emellertid inte förmått uppvisa^{5[5]}.

^{3[3]} Ingivna å-prislistor förefaller enbart ha bedömts som ett kvalifikationskrav. Det innebär att det har räckt med att prislistorna är ingivna, för att anbudet skulle kvalificera sig i upphandlingen. Såvitt framgår av tillgängligt beslutsunderlag har någon prisvärdering utifrån de ingivna å-prislistorna inte skett.

^{4[4]} E-postmeddelanden den 30 maj, 4 juni, 13 juni, samt den 18 juni 2002 från Anbudsgivare B till Strömsunds kommun, tekniska avdelningen.

^{5[5]} Skrift den 8 juni 2002 med framställan om *"att få del av kommunens dokumentation av samtliga intervjuer som utförts i enlighet med [i upphandlingsunderlaget angivna] urvalskriterier"*. Begäran besvarades med att kommunen översände kopia av anbudsöppningsprotokoll samt värderingsprotokoll. Någon dokumentation av vad som framkommit vid referenstagningen redovisades således inte.

Upphandlingens värde kan med ledning av Strömsunds kommuns egna uppgifter uppskattas till c:a 3,5 miljoner kronor^{6[6]}.

Gällande rätt

All offentlig upphandling regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.

Upphandling av varor vars värde överstiger tröskelvärdet \approx 200.000 eller 1,741 miljoner kronor^{7[7]}, skall upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap.2 kap. samt 7 kap. LOU. Normalt skall de av EG-direktiv styrda förfarandena för öppen eller selektiv upphandling tillämpas.

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 icke diskriminering^{8[8]} (jfr. art. 6 i EG-Romfördraget) samt övriga grundläggande gemenskapsrättsliga principer om *likabehandling*, *transparens* och *proportionalitet* vid offentlig upphandling. Reglerna är bl.a. utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Lagens bestämmelser medför även att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader.

Enligt 1 kap. 22 § LOU skall en upphandlande enhet ange de omständigheterna enligt vilka anbud kan komma värderas. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först. Värderingen av inkomna anbud skall sedan ske i enlighet med de angivna kraven och med den rangordning som angivits i förfrågningsunderlaget. Den upphandlande enheten skall anta antingen det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller det bud som har lägst anbudspris. Om den upphandlande enheten väljer utvärderingsformen ”*ekonomiskt mest fördelaktiga anbud*”, skall enheten vid anbudsvärderingen ta hänsyn till och värdera samtliga i annonsen om upphandlingen eller förfrågningsunderlaget angivna kriterier.

Frågan om grunderna för vilka anbud som skall antas är mycket central i lagen för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Enligt 1 kap. 18 § LOU skall den upphandlande enheten, vid upphandling över tröskelvärdena, ange i annonsen om upphandling vilka bevis den vill ha för kvalificeringen av anbudssökandena. I förordningen (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling anges för upphandling enligt 2 kap., 3 kap. eller 5 kap. LOU att: (1) Bevis kan begäras in beträffande leverantörens finansiella och ekonomiska ställning. Uppräkningen av bevis i förordningen är härvid inte uttömmande utan anbudssökanden kan, om han har skäl för att inte förete det begärda beviset, visa sin finansiella/ekonomiska

^{6[6]} Uppgift ur Strömsunds kommuns anbudsinfördan, sid. 2, punkten ”*omfattning*”.

^{7[7]} Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från den 1 januari 2002, vid upphandlingar av varor och tjänster.

^{8[8]} Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.

ställning på något annat sätt som den upphandlande enheten kan godta. (2) Bevis kan begäras in beträffande leverantörens *tekniska förmåga* och *kapacitet*^{9[9]}. Uppräkningen av dessa bevis är däremot uttömmande, d.v.s. endast sådana bevis som anges i förordningen får begäras in. I förordningstexten anges vidare att som bevis för leverantörens tekniska förmåga/kapacitet skall den upphandlande enheten även godta en förteckning över de viktigaste leveranser som tillhandahållits under de senaste tre åren. Förteckningen skall innehålla uppgifter om belopp och tidpunkt samt om mottagaren var en upphandlande enhet eller inte. Har leveranserna gällt varor till en upphandlande enhet skall bevis lämnas i form av intyg som utfärdats eller attesterats av denna. Har leverans skett till annan än en upphandlande enhet skall tillhandahållandet bekräftas av mottagaren eller, om detta inte är möjligt, av leverantören. Om det är nödvändigt skall den som utfärdat intyget sända detta direkt till den upphandlande enheten.^{10[10]}

Bevisförordningen anger vilka bevis som i upphandlingar över tröskelvärdena kan infordras beträffande anbudssökandenas och anbudsgivarnas tekniska förmåga och kapacitet. Referenser som går utöver vad som anges i förordningen beträffande teknisk förmåga och kapacitet är således inte tillåtna vid upphandlingar av varor, tjänster eller byggtreprenader över tröskelvärdena.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i ett tillsynsärende uttalat att de "skäl på vilka ett anbud antagits och vad som i övrigt förekommit av betydelse vid anbudsprövningen skall finnas dokumenterade hos den upphandlande enheten (se 1 kap. 11 § resp. 6 kap. 13 § LOU). Därtill hör rimligen även vad som framkommit vid referenstagning".^{11[11]}

Yttrande

Sundbybergs stad har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande: Anbudsgivare B har inte lämnat några referenser och därmed inte följt förfrågningsunderlaget. Kommunen har trots detta bedömt anbudsgivaren utifrån sina egna erfarenheter, vilka istället legat till grund för referensvärderingen. Kommunen har även vägt in att Anbudsgivare B, som är ett enmansföretag, utifrån ställda krav inte uppfyller samma krav på kompetens och support som ett företag med flera anställda med varierande kompetens och med en egen verkstad. Pris enligt prislista har endast bedömts

^{9[9]} Krav på bevis som får ställas vid upphandling av varor över tröskelvärdet är enligt 3 § förordningen (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling: (1.) en beskrivning av leverantörens tekniska resurser, åtgärder för kvalitetssäkring samt forsknings- och utvecklingsresurser, (2.) namnet på de tekniker och tekniska organ som anlitas, även om de inte direkt tillhör leverantören, särskilt sådana som ansvarar för kvalitetskontroll, (3.) prover, beskrivningar eller fotografier av de varor som skall levereras, varvid äktheten måste styrkas om den upphandlande enheten så begär, (4.) intyg från officiella institutioner för kvalitetskontroll eller från erkänd expertis på området som visar att varorna, som skall vara klart identifierade genom hänvisning till vissa specifikationer eller standarder, överensstämmer med specifikationerna eller standarderna.

Som bevis räknas även en förteckning över de viktigaste leveranser som gjorts under de tre senaste åren, med uppgift om belopp och tidpunkt samt om mottagaren var en upphandlande enhet eller inte. I de fall leverans har gjorts till en upphandlande enhet skall bevis lämnas i form av intyg som utfärdats eller attesterats av behörig myndighet. I andra fall skall leveransen bekräftas av mottagaren eller, om detta inte är möjligt, av leverantören.

^{10[10]} NOU-info juni 99, sid. 3 f.

^{11[11]} NOU-info okt. 97, sid. 13.

översiktligt eftersom pris på datorkomponenter och tillbehör är en färskvara. Istället har en kontroll gjorts med referenterna av hur anbudsgivarna har hanterat prisinformation och prisförändringar.

Preliminär 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.

Strömsunds kommuns aktuella upphandling av ramavtal för successiva avrop av datorer m.m. har genomförts enligt förfarandet för det av EG-direktiv styrda förfarandet för öppen upphandling enligt lagen om offentlig upphandling.

I förfrågningsunderlag anges att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall komma att antas, samt att ingivna anbud prismässigt skall komma att värderas med ledning av prislistor som bifogats dessa. Av den dokumentation om upphandlingen som kommunen har gjort tillgänglig framgår emellertid inte att någon sådan värdering har skett. Det enda noteringen i kommunens värderingsprotokoll som avser anbudens à-prislistor utgörs av ett konstaterande huruvida dessa listor finns bifogade anbudet eller inte (kvalifikationskrav). Redan detta är fel och strider mot kravet på affärsmässighet enligt lagen om offentlig upphandling.

Såvitt framgår av kommunens värderingsprotokoll framstår den poängsättning som kommunen genomfört med ledning av muntliga referenser som utslagsgivande för beslutet om tilldelning i upphandlingen. Någon dokumentation av denna referenstagning finns emellertid inte tillgänglig hos kommunen och en begäran av en anbudsgivare om att få del av vilka uppgifter som legat till grund poängsättningen av hans anbud har av kommunen tillbakavisats med att det som därvid framkommit ”*..utgör samlade bedömningar där enskilda händelser eller upplevelser finns med, men inte behöver redovisas för diskussion och ifrågasättande*”.

Vid en (direktivstyrd) upphandling av varor över tröskelvärdet finns det över huvud taget inte någon laglig möjlighet för den upphandlande enheten att lägga muntliga referenser till grund för sitt beslut om tilldelning. I den mån referensuppgifter skall förekomma vid värderingen av anbud, måste dessa vara dokumenterade i form av skriftliga attester eller intyg av berörda referenter, bland annat just för att det som framkommit vid referenstagningen skall kunna redovisas för diskussion och ifrågasättanden av förfördelade leverantörer. Någon möjlighet för Strömsunds kommun att lägga de muntliga referenser eller egna erfarenheter som har inhämtats till grund för beslut om tilldelning i den aktuella upphandlingen har således inte förelegat avseende något av anbudet. Den poängbedömning av referenser som kommunen redovisat har till följd därav genomförts i strid mot gällande lag.

Även i de fall (vid icke direktivstyrda upphandlingar) där det finns en laglig möjlighet att beakta muntliga referenser är det ett minimikrav att referenstagningen i vart fall hållas så dokumenterad, att berörda anbudsgivare bereds möjlighet att ta del av och bedöma referensuppgifternas relevans och innehåll. Någon sådan möjlighet, som Strömsunds kommun

vill göra gällande, att hemlighålla vital information om grunderna för tilldelningen i en upphandling, föreligger således inte.

Kommunen har i sitt yttrande till Konkurrenskommissionen uppgivit att den vid anbudsvärderingen vägt in att Anbudsgivare B var ett enmansföretag, och därvid kunde förväntas erbjuda en lägre kompetens och support jämfört med konkurrerandeföretag med flera anställda med varierande kompetens och med en egen verkstad. Någon omständighet som stödjer att enmansföretag skulle komma att diskrimineras i förhållande till andra företag återfinns emellertid inte i förfrågningsunderlaget. Även denna avvikelse från upphandlingsförutsättningarna strider således mot gällande rätt (transparensprincipen). Av kommunens yttrande framgår slutligen att angivna prisuppgifter endast ”bedömts översiktligt”. I förfrågningsunderlaget anges att anbudens pris skulle komma att värderas som den fjärde av sex rangordnade värderingsomständigheter. Vid anbudsvärderingen har kommunen tydligen förbisett denna omständighet när det ”ekonomiskt mest fördelaktiga” anbudet har utsetts. Upphandlingen har inte heller på denna punkt handlagts enligt gällande bestämmelser.

Såvitt framgår av tillgänglig dokumentation och Strömsunds kommuns yttrande har någon affärsmässigt baserad anbudsvärdering över huvud taget inte förekommit. Den nu aktuella upphandlingen av datorer m.m. har i flera avseenden handlagts i strid mot bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling och gällande EG-direktiv. Förutsättningarna för konkurrensen på den lokala marknaden för datorer har snedvridits och upphandlingen av ramavtal för successiva leveranser av datorer borde omgående göras om.
