

PM 2 2002-10-30 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Sätters kommun har vid inhyrning av anläggningsmaskiner beslutat att vid anbudsvärderingen bortse från vissa av de värderingsomständigheter som angivits för upphandlingen.

Sätters kommun infortrade i juni 2002 anbud avseende inhyrning av anläggningsmaskiner under perioden den 1 september 2002 till och med den 30 april 2004 med möjlighet till ytterligare ett års förlängning (20 mån + 12 mån = 32 mån).

Av förfrågningsunderlaget för upphandlingen framgår att denna skall handläggas som en s.k. förenklad upphandling enligt bestämmelserna i 6 kap. lagen om offentlig upphandling. Under rubriken *"Urvalskriterier för antagande av anbud"* framgår att i upphandlingen skall komma att antas det *"Anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till samtliga omständigheter, varvid Sätters kommun lägger särskild vikt vid nedanstående kriterier. Urvalskriterierna %-värdras enligt nedan som var och en sedan poängbedöms från 1-5"*. Därefter följer en uppräknig av ett antal sinsemellan viktade omständigheter enligt följande: *"Pris"* (60%); *"Kapacitet i form av antal fordon /miljöklasser/utrustning"* (25%); *"Miljöpolicy, miljöarbete"* (5%), samt *"Visad allmän lämplighet, tidigare entreprenader, referenser"* (10%). Av uppräknigen framgår således att övriga omständigheter förutom *"Pris"* viktats till 40 procent.

Anbudstiden gick ut den 27 juni 2002. Enligt ett protokoll av den 16 augusti 2002 med *"Beslutsunderlag, inhyrning av anläggningsmaskiner till Sätters kommun"*^{1[1]} hade det vid anbudstidens utgång inkommit tre anbud, vilka samtliga upptagits till slutlig bedömning i upphandlingen. Dessa fördelade sig enligt följande:

Anbudsgivare:	Anbudspris/år:
Anbudsgivare A	1.652.720 kronor
Anbudsgivare B	1.683.725 kronor
Anbudsgivare C	1.726.250 kronor

1[1]

Sätters kommun, inköpsenheten, protokoll den 16 augusti 200 med *"Beslutsunderlag, inhyrning av anläggningsmaskiner till Sätters kommun"* undertecknat av inköpschefen.

Av sammanställningen framgår således att prisskillnaden mellan lägsta och högsta bud uppgår till 73.530 kronor eller 4,45 procent. Mellan näst högsta och högsta bud utgör prisskillnaden 42.525 kronor eller 2,57 procent.

Av kommunens protokoll med beslutsunderlag framgår vidare under rubriken ”Utvärdering” bl.a. följande text: *”Då uppsatta kriterier för kapacitet, miljöpolicy och referenser från tidigare entreprenader ej har gått att värdera och poängsätta olika mellan anbudsgivarna, utan att riskera att i efterhand få kritik, har denna utvärdering inriktning mest på pris men ändå bedömts som ekonomiskt mest fördelaktigt”*.

Kommunens inköpschef förordade därför att kontrakt tecknades med anbudsgivare A. Till grund för beslutet anförs enligt promemorian att *”Beslutet skall ses som att kommunen får det mest heltäckande behovet tillgodosett till de fördelaktigaste villkoren”*.

Upphandlingen avgjordes senare i enlighet med inköpschefens rekommendationer. Skriftligt besked om att anbudsgivare A tilldelats uppdraget att till kommunen hyra ut de aktuella anläggningsmaskinerna tillställdes leverantörerna den 23 augusti 2002.

Upphandlingens värde kan med ledning av inkomna anbud uppskattas till c:a 4,4 miljoner kronor, inklusive det angivna förlängningsåret. Exklusive förlängning uppgår kontraktsvärdet till c:a 2,7 miljoner kronor.

Gällande rätt

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

Med upphandling avses enligt 1 kap. 2 § samt 5 § andra stycket LOU samtliga köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster som görs av bland annat kommuner.

Hyra av entreprenadmaskiner skall om det samlade kontraktsvärdet av upphandlingen överstiger tröskelvärdet \approx 200.000 eller 1,741 miljoner kronor^{2[2]}, upphandlas enligt bestämmelserna för varuupphandling i 1 kap., 2 kap. samt 7 kap. LOU. Vid tröskelvärdesberäkningen av kontraktsvärdet skall förekommande options- eller förlängningsklausul i det tänkta avtalet beaktas som om det kommer att utnyttjats (se 2 kap. 3§ och 5 kap. 7 § LOU).

Skulle upphandlingen avse både varor och tjänster i en s.k. blandad upphandling, skall om värdet av förekommande tjänster^{3[3]} värdemässigt överstiger värdet av varorna (maskinerna),

^{2[2]} Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från den 1 januari 2002, vid upphandlingar av varor och tjänster.

^{3[3]} Fastighetsförvaltning, inkl. städning och löpande underhåll utgör därvid en s.k. A-tjänst (kategori 14).

upphandlingen istället handläggas enligt bestämmelserna i 5 kap. LOU (se 5 kap. 3 § LOU4[4]). I sak föreligger emellertid ingen skillnad.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller att all upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. I förarbetena^{5[5]} till lagen motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om icke diskriminering (jfr. art. 7 i EG-Romfördraget). 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.

Enligt 1 kap. 7 § samt 2 kap. 8 § och 5 kap. 14 § LOU skall upphandlingen som regel^{6[6]} annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT). De formaliserade förfarandena för *öppen upphandling* eller *selektiv upphandling* skall därvid normalt tillämpas. Den upphandlande enheten skall vidare inom 48 dagar efter det att upphandlingen har avslutats upprätta en rapport om upphandlingen och sända en annons till Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) om hur upphandlingen har avslutats^{7[7]}.

Enligt 1 kap. 22 § LOU kan enheten välja att anta antingen det anbud som har lägst anbudspris eller det anbud som i enlighet med ett antal i förväg angivna värderingskriterier (däribland pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd och miljöpåverkan) erbjuder den sammantaget ekonomiskt mest fördelaktiga lösningen.

Har den upphandlande enheten uppgivit att den skall anta det anbud som har lägst anbudspris skall enheten utöver priset enbart ta ställning till huruvida anbudet

4[4] Enligt 5 kap. 3 § LOU skall en upphandling ,om denna avser både varor och tjänster, genomföras enligt bestämmelserna i kapitel 5, om värdet av tjänsterna överstiger värdet av varorna.

5[5] Prop 1992/93:88, sid. 59-60.

6[6] Undantag från skyldigheten att annonsera upphandlingen får enligt 2 kap. 11 § och 5 kap. 17 § LOU ske enbart om varorna eller tjänsterna som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan tillhandahållas eller utföras av endast en viss leverantör eller om det på grund av synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande enheten är nödvändigt att genomföra upphandlingen utan hinder av stadgade tidsfrister för annonsering.

7[7] Se 1 kap. 11 § och 6 kap. 16 § LOU.

tillräckligt uppfyller de för upphandlingen uppställda obligatoriska grundförutsättningarna (de s.k. skallkraven).

Har upphandlingen inriktats på det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall den upphandlande enheten först pröva vilka anbud som uppfyller de obligatoriska grundförutsättningarna för upphandlingen (skallkravsprövning). Anbud som därvid bedöms inte uppfylla dessa förutsättningar skall förkastas från upphandlingen såsom orena bud. Återstående bud – vilka således samtliga bedömts uppfylla de behov upphandlingen avsett att täcka – skall därefter underkastas en värdering i enlighet med de för upphandlingen i förväg uppställda kriterierna (de s.k. börkraven) varvid det totalekonomiskt mest fördelaktiga budet skall väljas (börkravsvärdering).

Det huvudsakliga syftet med lagen om offentlig upphandling är att säkra att upphandlingen sker genom en effektiv konkurrens och att leverantörerna och deras ansökningar och anbud behandlas utan ovidkommande hänsyn. Därtill hör att anskaffning sker under öppna och förutsebara former och att alla anbudsgivare behandlas lika (se nedan om EG-Romfördraget).

Frågan om grunderna för vilka anbud som skall antas är därvid mycket central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Av såväl lagtext som aktuella förarbeten^{8[8]} till bestämmelsen i 6 kap. 12 § LOU framgår att den upphandlande enheten vid värderingen av anbuderna inte får beakta andra omständigheter än vad som angivits i annonsen eller i förfrågningsunderlaget för upphandlingen. Lagstiftaren uttalar därvid att "[d]et får ... inte förekomma att ett anbud väljs framför ett annat på grund av en omständighet som anbudsgivarna inte i förväg fått reda på". Nämnden för offentlig upphandling (NOU), som utövar tillsyn över lagen om offentlig upphandling, har i sina kommentarer till lagen bl.a. uttalat (se NOU-info, oktober 1996 sid. 8) att "Enligt LOU måste enheten i förfrågningsunderlaget (eller annonsen) ange samtliga kriterier som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Den upphandlande enheten får inte lägga till eller dra ifrån några kriterier under upphandlingens gång" (KKOs kursivering).

Enheten får således vid anbudsvärderingen inte bortse från någon av de omständigheter som angivits i förfrågningsunderlaget. Samtliga omständigheter skall prövas i enlighet med den rangordning eller viktning som följer av förfrågningsunderlaget.

Enligt 7 kap. 6 § LOU skall en upphandlande enhet som inte följt lagens bestämmelser ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör. Med "*uppkommen skada*" avses enligt lagens förarbeten inte bara onödiga kostnader m.m. (*damnum emergens*) utan även utebliven vinst på grund av att leverantören går miste om den intäkt som uppdraget skulle ha medfört (*lucrum cessans*)^{9[9]}. Talan om skadestånd kan enligt samma kapitel 8 § väckas av leverantör vid allmän domstol. Talan skall väckas inom ett år från den dag då beslut om leverantör

8[8] Prop 1992/93:88, sid. 51-52 samt 71-72 - jfr. ursprungligt textförslag till 6 kap. 10 § i prop. 1993/94:78 sid 34.

9[9] Prop 1992/93:88, sid. 103

fattats. I fråga om skadeståndets beräkning och funktioner erinras i förarbetena vidare om att syftet med det bakomliggande EG-direktivets 10[10] regler är att åstadkomma ett tryck på de upphandlande enheterna att iaktta korrekta förfaranden. En leverantör bör kunna utgå ifrån att ett anbud som han lägger ned möda och kostnader på kommer att beaktas på ett rättvist sätt.

Enligt EG-Romfördraget gäller vidare en allmän princip om likabehandling. Fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen (se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478) att "*Den i Romfördraget centrala likabehandlingsprincipen återfinns bl.a. i artikel 6 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Andra uttryckliga likabehandlingsprinciper återfinns i artikel 40 tredje stycket i Romfördraget angående likabehandling mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma jordbrukspolitiken samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har dock slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen*". Den allmänna likabehandlingsprincipen får förstås så att en medlemsstats myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa, t.ex. inhemska, leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

-

Yttrande

Sätters kommun har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande. Kommunen har till ledning för den aktuella upphandlingen använt sig av en förlaga från Borlänge Energi AB som tidigare genomfört liknande upphandlingar för kommunens räkning. Eftersom Borlänge Energi AB tillhör försörjningssektorn och således tidigare upphandlat enligt 6 kap. LOU har förenklat upphandlingsförfarande därvid felaktigt kommit att tillämpas även av kommunen. Kommunen menar emellertid att annonser i länsstidningarna har givit informationen om upphandlingen tillräcklig spridning.

Avseende värderingen av inkomna anbud är det kommunens mening att en sådan har genomförts avseende såväl kvalitet som pris, men att kvalitetsvärderingen inte har resulterat i någon mätbar differens mellan anbuden. Vid den således genomförda kvalitetsvärderingen har samtliga entreprenörer bedömts hålla "*...den kapacitet som krävs för att täcka behovet*" och därmed erhållit full poäng inom kriteriet "*kapacitet*". Avseende kriteriet "*miljöpolicy*" har samtliga entreprenörer utom en redovisat ett "*miljöledningssystem*" och därmed erhållit full poäng. Den entreprenör som inte haft något sådant system utan bara en "*miljöpolicy*" har fått visst poängavdrag. Avseende kriteriet "*referenser*" har samtliga entreprenörer utifrån "*den kännedom som finns representerad inom gatukontoret*" bedömts "*uppfylla behovet*", och därmed tilldelats full poäng.

-

Bedömning

Konkurrenskommissionen är ett privat 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 aktuella upphandlingen avseende inhyrning av anläggningsmaskiner omfattar sådant värde att den borde ha handlagts enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap., 2 eller 5 kap. samt 7 kap. LOU. Någon möjlighet att tillämpa förenklat upphandlingsförfarande enligt 6 kap. LOU har således inte förelegat för Sätters kommun. I ett yttrande till Konkurrenskommissionen har kommunen uppgivit att upphandlingen har genomförts enligt samma rutiner som Borlänge Energi AB tidigare tillämpat för den aktuella typen av anskaffning. Om Borlänge Energi AB, som kommunen uppger, tillhör den s.k. försörjningssektorn skulle bolaget emellertid ha upphandlat de aktuella tjänsterna i enlighet med de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 4 kap. LOU och inte enligt de bestämmelser om förenklad upphandling i 6 kap. LOU som här åberopats. Vad kommunen anfört i denna del kan således inte tillmätas något avseende.

Den för utredningen mest relevanta frågan har emellertid varit kommunens beslut att bortse från vissa av de värderingsomständigheter som angivits för upphandlingen. Utöver omständigheten *pris* har i förfrågningsunderlaget angivits att även *kapacitet*, *miljöpolicy* och *referenser* skulle tillmätas betydelse vid värderingen av inkomna anbud.

Av kommunens protokoll med beslut i upphandlingen framgår att den anbudsutvärdering som genomförts har haft ”*inriktning mest på pris*” eftersom, som kommunen uttrycker det, ”*uppsatta kriterier för kapacitet, miljöpolicy och referenser från tidigare entreprenader ej har gått att värdera och poängsätta olika mellan anbudsgivarna, utan att riskera att i efterhand få kritik*”.

I yttrande till Konkurrenskommissionen har kommunen emellertid uppgivit att värdering av såväl kvalitet som pris har genomförts, men att kvalitetsvärderingen inte resulterat i någon mätbar differens mellan anbudena. Till stöd för detta påstående har lämnats en redovisning av vilken framgår att samtliga leverantörer vid kvalitetsvärderingen har bedömts uppfylla vad ”*...som krävs för att täcka behovet*”. Högsta möjliga kvalitetspoäng har därför åsatts så gott som alla anbudsgivare på samtliga bedömningspunkter.

Kommunen synes härvid ha blandat samman den aktuella kvalitetsvärdering som skulle ha genomförts (en s.k. börkravs-värdering) med den för alla upphandlingar obligatoriska prövningen huruvida anbudsgivarna uppfyller minimikraven enligt anbudsfrågan (en s.k. skallkravs-prövning). Om något av de aktuella anbudena inte hade bedömts ”*uppfylla behovet*” eller motsvara ”*den kapacitet som krävs för att täcka behovet*” som upphandlingen avsett, skulle detta anbud rätteligen ha förkastats och inte tillåtits gå vidare till upphandlingens utvärderingsfas. Någon kvalitetsvärdering av anbudena – utöver de obligatoriska basförutsättningarna – har således inte skett, trots att detta förutsatts i upphandlingsunderlaget. Om kommunen sedermera funnit att upphandlingsförutsättningarna varit ofullständiga eller felaktiga skulle upphandlingen rätteligen ha avbrutits och gjorts om.

Med ledning av kommunens egen prisvärdering kan konstateras att skillnaden i pris mellan de inkomna anbudena inte har överstigit 2,5 procent och att skillnaden mellan högsta och lägsta bud uppgår till knappt 4,5 procent. Mot denna bakgrund kan det knappast

uteslutas att den kvalitetsvärdering som kommunen underlåtit att genomföra – och som skulle ha motsvarat 40 procents viktning gentemot pridfaktorn – skulle kunna ha haft en avgörande betydelse för det slutliga valet av entreprenör.

Vad Sätters kommun således lagt till grund för sitt beslut om inhyrning av anläggningsmaskiner stämmer inte med vad kommunen angivit i förfrågningsunderlaget för upphandlingen. Genom förfarandet har kommunen enligt Konkurrenskommissionens mening åsidosatt de krav på förutsägbarhet och likabehandling som uppställs i lagen om offentlig upphandling och bakomliggande EG-direktiv.

Sammantaget riskerar de påtalade felaktigheterna medföra att konkurrensen på marknaden för anläggnings- och entreprenadmaskiner snedvrids och att förtroendet för kommunen som upphandlare undergrävs.
