

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 03-022 / 023

PM 1 2003-06-18 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Tomelilla kommun och det kommunala fastighetsbolaget Österlenhem AB har utlyst en upphandling av tjänster för fastighetsservice m.m. (skötsel av grönytor) enligt ett felaktigt förfarande. Tilldelning i upphandlingen har dessutom skett på felaktiga grunder och en anbudsgivare har tillåtits inkomma med ett delvis nytt anbud efter anbudstidens utgång.

Tomelilla kommun infortrade den 20 januari 2003 anbud avseende tjänster för ”skötsel av grönytor Tomelilla kommun” omfattande kommunal mark i orterna Brösarp, Onslunda, Lunnarp, Smedstorp, Skåne-Tranås samt Spjutstorp (Dnr. 2003.10027).

Av anbudsinfordran framgår att upphandlingen utlyst som en förenklad upphandling enligt lagen om offentlig upphandling samt avser tjänster att sköta aktuella grönytor (säsongvis) under åren 2003 till och med 2005, med möjlighet till förlängning i ytterligare två år (3+2=5) samt att anbud tillåts avseende hela upphandlingen (samtliga objekt) eller delar av upphandlingen.

Under punkten AFB.52 i de administrativa föreskrifterna för upphandlingen framgår att ”*Det för kommunen mest fördelaktiga anbudet, med hänsyn till nedanstående faktorer utan inbördes rangordning, kommer att antas Pris Driftkostnader Servicegrad / Leveransförmåga Miljöpåverkan Tekniskt stöd Kvalitetspolicy Beställarens tidigare erfarenheter av anbudsgivaren.*”

Genom en cirkulärskrivelse den 19 februari 2003 till samtliga leverantörer som begärt del av anbudsupplägget anslöt sig det av Tomelilla kommun helägda fastighetsbolaget Österlenhem AB (nedan Österlenhem) till upphandlingen, varvid denna kom att utökas till att omfatta även grönyteskötseln på Österlenhems fastigheter i Brösarp, Lunnarp och Smedstorp.

Enligt tillgängligt protokoll med anbudsförteckning registrerades det vid anbudstidens utgång den 6 mars 2003¹ nio inkomna anbud. Av dessa har förhandling upptagits med två anbudsgivare (Anbudsgivare A och B) där anbudsgivare B tillåtits att sänka sitt anbud och även att komma in med ett ”kompletterade” nytt anbud avseende ett område som inte täcktes av hans ursprungliga inom föreskriven anbudstid lämnade anbud. Anbudsgivare A har inte ändrat sina priser.

Avseende de delar av upphandlingen som avsåg Tomelilla kommuns behov beslutade kommunens tekniska utskott² den 4 april 2003 om tilldelning i upphandlingen. Till tekniska utskottets protokoll finns fogat ett antal bilagor med prissammanställningar. Av den redovisning som därvid lämnats framgår att lägsta bud i samtliga upphandlingsdelar förutom Spjutstorp och Skåne-Tranås lämnats av Anbudsgivare B. Kommunen valde emellertid att anta Anbudsgivare B för områdena Brösarp, Lunnarp och Smedstorp samt Anbudsgivare C för Onslunda. Lägsta anbud placerade sig jämfört med vinnande bud (med fet text) enligt följande:

Objekt:	Anbudsgivare A:	Anbudsgivare B:	Anbudsgivare C:
Brösarp:	99.172 kr.	109.368 kr.*	-
Onslunda:	62.151 kr.		64.148 kr.
Lunnarp:	63.437 kr.	87.815 kr.	-
Smedstorp:	72.693 kr.	89.300 / 91.607kr**	-

* huruvida anbudet i denna del inkommit inom anbudstiden är oklart.

** uppdraget delas mellan två anbudsgivare.

För Österlenhems vidkommande erbjöd Anbudsgivare A lägsta anbud för samtliga upphandlingsdelar. Österlenhem valde emellertid att anta Anbudsgivare B. Lägsta anbud placerade sig jämfört med vinnande bud (med fet text) enligt följande:

Objekt:	Anbudsgivare A:	Anbudsgivare B:
Brösarp:	214.042 kr.	217.060 kr.*
Lunnarp:	16.650 kr.	18.700 kr.
Smedstorp:	44.135 kr.	52.993 kr.

* Anbud B är nedförhandlat med 80.000 kronor från ursprungligen 287.060 kronor i en s.k. samordningsvinst efter det att anbudsgivare B efter anbudstidens utgång lämnat ett nytt anbud i denna del.

Anbudsgivare A:s totalpris i de delar som avser Tomelilla kommuns behov uppgick till 399.447 kronor att jämföra med den totala lösning som sedermera kom att väljas av kommunens arbetsutskott, där totalpriset uppgick till 412.531 / 414.838 kronor. Avseende de delar som avsåg Österlenhems behov uppgick Anbud A till ett samlat totalpris på 274.827 kronor att jämföra med det sedermera antagna Anbudet B som erbjöd ett totalpris på 368.693 kronor vid anbudstidens utgång och 288.693 kronor efter förhandling.

Av den tilldelningsinformation som lämnats till anbudsgivarna framgår att ”*Tomelilla kommun och Österlenhem har utvärderat inkomna anbud till ovanstående objekt med hänsyn till bedömningskriterier under AFB.52 i förfrågningsunderlaget*”. Någon värdering av vilket anbud som i enlighet med angivna omständigheter utgör det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har varken redovisats i tekniska utskottets protokoll eller när Länsrätten i Skåne län inhämtat det samlade skriftliga tilldelningsunderlaget från Tomelilla kommun och Österlenhem.^[4]

Av ett besiktningsprotokoll avseende Anbudsgivare A:s utförande av tidigare entreprenadarbeten i fråga om skötsel av grönytor framgår att kommunens besiktningsman, utöver ett antal mindre åtgärdsförelägganden, bedömt att Anbudsgivare A:s ”sätt att utföra grönyteskötseln får ses som normalt och tillfredsställande”.^[4]

Av redovisade anbudspriser för Tomelilla kommun (medelvärde av anbuderna) framgår att upphandlingens värde på årsbasis belöper sig till c:a 720.000 kronor, eller ett månadsvärde på 60.000 kronor. Upphandlingens totala värde vid beräkning enligt tröskelvärdesprincipen (se nedan) uppgår således till 2.880.000 kronor (månadsvärdet 60.000 kr. x 48).

När Österlenhems del av upphandlingen även räknas in utgör medelpriset 1.235.000 kronor ($720 \cdot 7 + 515$). Upphandlingens totala beräkningsvärde uppgår därvid till c:a 4.940.000 kronor (månadsvärdet 102.916 kr. x 48).

På talan av en leverantör beslutade Länsrätten i Skåne län den 7 maj 2003 om interimistiskt verkställighetsförbud (inhibition) i den aktuella upphandlingen. Av domskälen framgår att domstolen ansett att upphandlingen har utlysts enligt ett felaktigt förfarande (förenklad upphandling istället för öppet eller selektivt förfarande) och av detta skäl borde göras om. Den 14 maj meddelade Tomelilla kommun och Österlenhem att de beslutat att avbryta upphandlingen. Länsrätten avskrev därför målet genom beslut den 16 maj 2003, utan att förhållandena i upphandlingen i övrigt prövades.

Gällande rätt

Offentliga upphandlingar regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Angivna bestämmelser omfattar enligt 1 kap. 2 och 6 §§ LOU, förutom statliga och kommunala myndigheter, även bolag som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse – under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär – och vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av en kommun eller vars styrelse till mer än

halva antalet ledamöter utses av en kommun. Enligt 2 kap. 7 § kommunallagen (1991:900) är kommunerna med några undantag^[4] förbjudna att (direkt eller indirekt, via företag) bedriva näringsverksamhet, så får emellertid ske om den drivs utan kommersiellt vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen. Kommunala företag är som regel således skyldiga att följa upphandlingslagens bestämmelser. Myndigheter och företag som omfattas av upphandlingslagens bestämmelser benämns i lagen som *upphandlande enheter*.

Tjänster för fastighetsförvaltning, inklusive städning och löpande underhåll (kategori 14) utgör sådana s.k. A-tjänster som, om det samlade värdet av tjänsterna överstiger tröskelvärdet 1.741.000 kronor^[5], skall handläggas enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. 5 kap. samt 7 kap. LOU; Om värdet av upphandlingen understiger gällande tröskelvärde skall upphandlingen istället handläggas enligt bestämmelserna enligt 1 kap. 1-6 §§, 6 kap. samt 7 kap. LOU.

Enligt 5 kap. 7 § LOU skall upphandlingens värde beräknas som det fulla värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader och till månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid. Options- och förlängningsklausuler skall enligt samma kapitel. 7 § fjärde stycket beaktas som om de utnyttjats.

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 alltid behandlas utan ovidkommande hänsyn. Egna erfarenheter skall, om detta angivits som en omständighet vid utvärderingen, tillmätas samma betydelse som externa referenser. Negativa egna erfarenheter skall normalt vara dokumenterade i förväg – genom t.ex. reklamationer, besiktningsutlåtanden eller motsvarande – för att kunna beaktas.

Enligt 1 kap. 22 § LOU skall den upphandlande enheten anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller det anbud som har lägst anbudspris. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan som den i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling har angivit att den skall tillmäta betydelse. Någon möjlighet att anta anbud på annan grund föreligger inte enligt lagen. Huruvida anbudet är det ”*kommunen mest fördelaktiga anbudet*” utgör således inte någon omständighet som enheten självständigt kan lägga till grund för värdering av anbud utan tilldelning skall antingen ske utifrån en ekonomisk vägning av de värderingsomständigheter som angivits i förfrågningsunderlaget eller enligt lägsta pris.

Frågan om grunderna för vilka anbud som skall antas är central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Av såväl lagtexten som aktuella förarbeten till bestämmelsen i 6 kap. 12 § LOU framgår att den upphandlande enheten vid värderingen av anbuden inte får beakta andra omständigheter än vad som angivits i annonsen eller i förfrågningsunderlaget för upphandlingen. Föredragande departementschefen 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”.^[6]

Nämnden för offentlig upphandling (NOU), som utövar tillsyn över lagen om offentlig upphandling, har i sina kommentarer till lagen bl.a. uttalat 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”.^[8]

En upphandlande enhet kan således vid anbudsvärderingen inte bortse från någon av de värderings omständigheter som angivits i förväg. Samtliga uppgivna omständigheter skall prövas i enlighet med den rangordning eller viktning som följer av förfrågningsunderlaget.

Förhandlingar tillåts enligt 1 kap. 5 § och 6 kap. 3 § LOU vid en s.k. förenklad upphandling enligt 6 kap. LOU men inte vid en direktivstyrd (öppen eller selektiv) upphandling enligt 5 kap. LOU. Även om förhandlingar får förekomma är det oklart under vilka förutsättningar dessa får förekomma och rena prissänkningar (prutningar) kan komma ifråga.

Av lagens förarbeten framgår över huvud taget inte när det är tänkt att förhandlingar skall kunna komma i fråga. Varken doktrin eller praxis ger heller något entydigt svar. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har som sin tolkning av lagen angivit följande: *"Om enheten har motiv för att upphandlingen skall genomföras med förhandlingar kan enheten förhandla om i stort sett allt som rör upphandlingen, även priset. Men, det är viktigt att enheten genom förhandlingarna inte väsentligt ändrar på förutsättningarna för upphandlingen. Det skall således i grunden vara samma vara eller tjänst som upphandlas i förhållande till vad som angavs i förfrågningsunderlaget inklusive kravspecifikationen"*. Formuleringen *"Om enheten har motiv för att upphandlingen skall genomföras med förhandlingar"* antyder att nämnden har ansett att det för förhandlingar vid förenklade upphandlingar krävs att det föreligger något objektivet motiv för förhandlingarna. Ett sådant synsätt överensstämmer väl med den allmänna principen om affärsmässighet och objektivitet enligt 1 kap. 4§ LOU och ligger i linje med såväl äldre upphandlingsregler från tiden före upphandlingslagens tillkomst som lagens av EG-direktiv styrda bestämmelser.^[9]

Upphandlingslagens huvudregel bygger vidare på att inkomna anbud skall bedömas utifrån deras lydelse vid tidpunkten för anbudstidens utgång. Lagens hela system med krav på dokumentation, möjlighet för anbudsgivare till opartisk kontroll av öppningsförfarandet samt förbuden mot ändring av anbud och justering av annat än uppenbara skriv och räknefel m.m. är anpassat för en sådan ordning. Ett förfarande med helt fria förhandlingar där anbudsgivarna efter anbudstidens utgång på nytt skulle kunna disponera över sina anbud, genom att t.ex. tillföra nytt innehåll och / eller sänka sina priser, förefaller i allt väsentligt kasta denna i övrigt noggrant reglerade ordning på ända. Det kan därför ifrågasättas om rena prutningar i förhandlingar, där anbudens pris sänks utan någon motsvarande justering av anbudets innehåll kan överstämman med lagens krav på affärsmässighet.^[10]

Oavsett vilken upphandlingsform som tillämpas får det däremot inte förekomma att anbud som har ingivits efter anbudstidens utgång upptas till prövning (jfr. 1 kap. 20 § samt 6 kap. 7 § LOU). Anbud får heller inte kompletteras efter anbudstidens utgång om detta inte kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning (se 1 kap. 21 § LOU).

Yttrande

Tomelilla kommun och Österlenhem 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.

I det aktuella ärendet har Tomelilla kommun och det kommunala bostadsföretaget Österlenhem infordrat anbud avseende tjänster för fastighetsservice.

Det samlade värdet av anskaffningen överstiger det i lagen om offentlig upphandling angivna tröskelvärdet 1,741 miljoner kronor. Förekommande upphandlingar skulle därför ha

handlagts enligt något av de av EG-direktiv styrda förfarandena öppen upphandling eller selektiv upphandling enligt 5 kap. LOU. Någon möjlighet för Tomelilla kommun och Österlenhem att under angivna förhållanden generellt tillämpa ett förenklat upphandlingsförfarande enligt 6 kap. LOU har således inte förelegat. Upphandlingen har således inte ha utlysts i föreskriven ordning.

Av det gemensamma förfrågningsunderlaget för upphandlingen framgår inte att *det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet* skall komma att antas, bara ”*det för kommunen mest fördelaktiga*”. Den aktuella värderingsgrunden synes i angivet avseende avvika från de krav på affärsmässighet och objektivitet som följer av lagen om offentlig upphandling.

I underlaget har angivits ett antal kvalitativa värderingsomständigheter, nämligen *Driftkostnader Servicegrad / Leveransförmåga Miljöpåverkan Tekniskt stöd Kvalitetspolicy* samt *Beställarens tidigare erfarenheter av anbudsgivaren*. Någon värdering av dessa omständigheter redovisas emellertid inte i de beslut om tilldelning i upphandlingen som Tomelilla kommun och Österlenhem gjort tillgängliga. Utan någon närmare redovisning av några skäl har tilldelning skett till huvudsakligen dyrare leverantörer. En anbudsgivare har i strid mot de bestämmelser som skulle ha tillämpats på den aktuella upphandlingen efter förhandling tillåtits ändra sitt anbud och även att inkomma med ett nytt bud i en del av upphandlingen som ursprungligen inte omfattades av hans anbud.

Upphandlingen har enligt Konkurrenskommissionens mening härmed inte handlagts på ett affärsmässighet och objektivt sätt enligt lagen om offentlig upphandling och på området gällande EG-direktiv, Detta har riskerat medföra att förutsättningarna för konkurrensen på den lokala marknaden för fastighetsservice hade snedvridits.

Eftersom upphandlingen numera avbrutits föranleder ärendet inte några ytterligare uttalanden från Konkurrenskommissionens sida än att gjorda påpekanden bör iakttagas vid en eventuell förnyad upphandling av tjänster för fastighetsservice.

^[1] I förfrågningsunderlaget angavs ursprungligen att anbudstiden skulle löpa ut den 1 mars 2003. Genom en cirkulärskrivelse den 17 februari, som skickades till samtliga företag som begärt del av anbudunderlaget, förlängdes anbudstiden till den 6 mars 2003.

^[2] Tomelilla kommun, tekniska utskottet, protokoll den 4 april 2003, Tu § 34 (Dnr. 2003.10027).

^[3] Länsrätten i Skåne län, mål nr. 4897-03 E, aktbilaga 3.

^[4] Besiktningsprotokoll, upprättat av Tomelilla kommun den 27 maj 1998, undertecknat av en tjänsteman vid kommunens tekniska förvaltning.

^[5] Undantagna är i visst avseende kommunala elhandelsföretag samt företag för kommunal tjänsteexport.

^[6] Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från den 1 januari 2002, vid upphandlingar av varor och tjänster.

^[7] Se prop. 1992/93:88, sid. 51-52 samt 71-72 – jfr. ursprungligt textförslag till 6 kap. 10 § LOU i prop. 1993/94:78 sid. 34

^[8] Se NOU-info, oktober 1996 sid. 8.

^[9] Jfr. på området tidigare gällande bestämmelser enligt upphandlingsförordningen (1986:366) - UF och normalreglementet för kommunal upphandling UR. Dessa har i förarbetena till det aktuella kapitlet i upphandlingslagen dessutom framhållits som särskilt betydelsefulla rättskällor vid tolkningen av lagen om offentlig upphandling. Enligt upphandlingsförordningen kan föreliggande skäl att inleda förhandling i en upphandling när: (1) konkurrens inte föreligger i tillräcklig omfattning, (2) upphandlingen avser material eller arbete av tekniskt komplicerad eller specialiserad art, (3) betydande osäkerhet föreligger avseende de slutliga kostnaderna, (4) särskilt behov av teknisk standardisering föreligger, (5) upphandlingar av konsulttjänster eller totalentreprenader med betydelsefulla inslag av idéskapande och problemlösande karaktär, (6) upphandling som avser tilläggsbeställning till tidigare upphandling, (7) upphandlingen avser att tillgodose brådskande, oförutsedda behov, (8) anbud har infordrats och prövats enligt formerna för sluten upphandling, men inget av anbuderna har kunnat antas, samt (9) andra särskilda skäl föreligger för att anse en förhandlingsupphandling mer ändamålsenlig. De angivna punkterna motsvaras i allt väsentligt av bestämmelser enligt EG-direktiven, införda under 2 kap. 10-11 §§, 3 kap. 14-15 §§, 4 kap. 16 § samt 5 kap. 16-17 §§ LOU, vilka samtliga reglerar möjligheterna till förhandlad upphandling över tröskelvärdena.

^[10] Av de av Världshandelsorganisationen WTO antagna GPA-bestämmelserna (Government Procurement Agreement) artikel XIV, paragraf 1 punkt (b), framgår att en förutsättning för att överhuvudtaget inleda förhandlingar är att det inte av utvärderingen framgår vilket anbud som är det mest fördelaktiga: ”A Party may provide for entities to conduct negotiations [...] when it appears from evaluation that no one tender is obviously the most advantageous in terms of the specific evaluation criteria set forth in the notices or tender documentation”. Rena prisförhandlingar torde med ledning härav möjligen vara lämpliga i situationer då två eller flera anbud värderats som likvärdiga avseende erbjudna villkor i syfte att klarlägga vilket av dessa bud som slutligen skall antas. I vart fall bör förhandling som innefattar flera inblandade anbudsgivare inte syfta till att rubba den inbördes turordningen mellan dessa.

