

## KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 03-028

PM 2 2003-09-02 SLUTLIG BEDÖMNING

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

*Tomelilla kommun tillämpar vid upphandling av tjänster för fastighetsservice m.m. (skötsel av grönytor) ett förfarande där negativa omdömen från konkurrenter tillmäts betydelse vid beslut om tilldelning.*

Tomelilla kommun infordrade den 25 juni 2003 anbud avseende tjänster för ”skötsel av grönytor Tomelilla kommun” omfattande kommunal mark i orterna Brösarp, Onslunda, Lunnarp, Smedstorp, Skåne-Tranås samt Spjutstorp.

Av anbudsinfordran framgick att upphandlingen utlysts som en förenklad upphandling enligt 6 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling samt avsåg tjänster att säsongvis sköta grönytor i Tomelilla kommun under tre årssäsonger (åren 2004-2006) med möjlighet till förlängning i ytterligare två årssäsonger (till och med 2008 års säsong), således under en maximal entreprenadtid av fem årssäsonger inklusive förlängning. Med säsongsviss avses enligt uppgift perioden april till och med november, d.v.s. 8 månader per år.

Kommunen hade tidigare genomfört ett liknande upphandlingsförfarande och därvid fattat beslut om tilldelning. Detta förfarande (upphandling 1) kritiserades av Konkurrenskommissionen (se KKO 03-022) för att det inte hade genomförts på ett affärsmässigt sätt. Konkurrenskommissionen påpekade bland annat att upphandlingen felaktigt hade utlysts som en s.k. förenklad upphandling, trots att det sammantagna kontraktsvärdet av de efterfrågade tjänsterna översteg gällande tröskelvärde. Kommunen hade vidare antagit en dyrare totallösning än lägsta bud utan att kunna redovisa att någon värdering genomförts i enlighet med förfrågningsunderlaget. Efter att länsrätt beslutat om omedelbart verkställighetsförbud (inhibition)<sup>14</sup> avbröts upphandling 1 av kommunen den 14 maj 2003.

Av punkten AFB.52 i de administrativa föreskrifterna för det nya förfarandet (upphandling 2) framgick att ”Det för kommunen mest fördelaktiga anbudet, med hänsyn till nedanstående faktorer kommer att antas: Pris 50% Referenser 35% Kvalité (t ex kvalitetscertifiering, utförande, administrativ färdighet) 15%”.

Eftersom kommunen angivit att referenser skulle tillmätas stor betydelse i det nya förfarandet frågade en anbudsgivare (Anbudsgivare B) hur hans anbud tidigare hade värderats i upphandling 1, där hans prismässigt lägsta anbud med hänvisning bland annat till referenser hade förkastats till förmån för en dyrare lösning. Någon kontroll av de referenser som Anbudsgivare B själv uppgivit i sitt anbud hade såvitt anbudsgivaren kunnat finna inte skett. I en svarsskrivelse den 1 juli 2003 uppgav Tomelilla kommun att ”Kommunen grundade i första hand sin bedömning på muntliga referenser från ett antal byalag, kommunala tjänstemän, mfl. En kommentar från Onslunda byalag finns dock skriftligen, dessutom har vi haft tillgång till de gamla syneshandlingarna”. Vid kontakten med kommunen har framkommit att anbudsgivaren kan förvänta sig en liknande bedömning även vid kommande upphandlingar.

Såvitt därutöver framkommit föreligger det inte någon annan skriftlig dokumentation än brevet från Onslunda samt de tidigare syneshandlingarna. De muntliga omdömen som åberopas i kommunens svarsskrivelse skall enligt uppgift härröra från bl.a. Skåne-Tranås ungdomsförening. Anbudsgivare B har emellertid aldrig utfört tjänster åt de tillfrågade byalagen.

Av tillgängligt upphandlingsprotokoll <sup>[2]</sup> framgår att Skåne-Tranås ungdomsförening har lämnat med Anbudsgivare B konkurrerande anbud i samma upphandling som deras uttalande om Anbudsgivare B:s kvalifikationer lagts till grund för beslut om tilldelning.

Enligt uttalanden i media fanns det sedan tidigare en ”*outtalad önskan från kommunens sida att lokala föreningar skulle få sköta gräsklippningen i byarna*”.<sup>[3]</sup>

Upphandlingens värde kan med ledning av tidigare inkomna anbud uppskattas till i vart fall c:a 378.000 kr per år, eller totalt 1,890 miljoner kronor för hela perioden, inklusive förlängningsåren.

På talan av en leverantör beslutade Kammarrätten i Göteborg den 28 juli 2003 om interimistiskt verkställighetsförbud (inhibition) även i den nya upphandlingen. Den 31 juli 2003 meddelades att Tomelilla kommun beslutat avbryta upphandling [\[PC1\]](#) nummer 2.

## Gällande rätt

Offentliga upphandlingar regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

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<sup>44</sup>, 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. Den upphandlande enheten skall därvid iakttä ett antal grundläggande gemenskapsrättsliga principer om *transparens (förutsägbarhet) likabehandling och proportionalitet*. Frågan om grunderna för vilka anbud som skall antas är mycket central i lagen för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Anbudsgivare och anbud skall alltid behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Vid upphandling av tjänster enligt 5 kap. LOU (direktivstyrd upphandling inom den s.k. klassiska sektorn) framgår enligt 1 kap. 18 § LOU att den upphandlande enheten alltid skall ange i annonsen om upphandlingen vilka bevis den vill ha för kvalificeringen av anbudssökandena eller anbudsgivarna. Vilka bevis den upphandlande enheten därvid kan begära in framgår av förordningen (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling (den s.k. bevisförordningen).

Av 7 § bevisförordningen framgår bland annat att bevis för en leverantörs möjlighet att utföra upphandlade tjänster kan bestå i en förteckning över de viktigaste tjänster som tillhandahållits under de tre senaste åren, med uppgift om belopp och tidpunkt samt huruvida mottagaren var en upphandlande enhet eller inte (referensförteckning). I de fall tjänsterna har tillhandahållits av en upphandlande enhet skall beviset lämnas i form av ett eller flera skriftliga intyg som utfärdats eller attesterats av behöriga myndigheter. I andra fall skall tillhandahållandet skriftligen bekräftas av mottagarna av tjänsterna eller, om detta inte är möjligt, av leverantören själv. Någon möjlighet till att infordra bevis som muntligt infordrade referenser föreligger således över huvud taget inte.

Vid upphandling av tjänster enligt 6 kap. LOU (upphandling enligt nationella bestämmelser) finns inte några motsvarande formbestämmelser med krav på skriftliga attester. Referenstagningen skall däremot ske med beaktande av principerna om transparens likabehandling och proportionalitet.

- Enligt *transparensprincipen* får förutsättas att anbudsgivaren i förväg fått reda på vilka referenter som kommer att tillfrågas avseende hans möjlighet att utföra upphandlade tjänster.
- Enligt *likabehandlingsprincipen* får förutsättas att aktuella omdömen inhämtas på ett likartat sätt och avser samma frågeställningar, så att en opartisk jämförelse därmed blir möjlig.
- Enligt *proportionalitetsprincipen* får förutsättas att inhämtade omdömen avser enbart förhållanden som är relevanta i förhållande till föremålet för upphandlingen och anbudsgivarens förmåga att uppfylla sina åtaganden enligt anbudet.

Av kravet på dokumentation enligt 1 kap. 11 § samt 6 kap. 13 § LOU följer vidare att de skäl på vilka ett anbud antagits och vad som i övrigt förekommit av betydelse vid anbudsprövningen alltid skall finnas dokumenterade hos den upphandlande enheten<sup>64</sup>.

Begreppet ”referens” härleds från verbet ”referera” och definieras som en ”*hänvisning till person eller institution som kan lämna upplysning om en person [...] ofta övergående i betydelsen person eller institution som åberopas på detta sätt*” (Svenska akademiens ordbok) eller en ”*person som man hänvisar till för upplysning av en viss persons kvaliteter*” (Nationalencyklopedins ordbok).

Föreskriver annonsen eller underlaget för upphandlingen krav på referenser i något avseende uppkommer en skyldighet enligt likställighetsprincipen för den upphandlande enheten att kontakta samtliga referenter som anvisas i anbudet<sup>64</sup>. Omvänt kan enligt transparensprincipen enheten inte på eget initiativ inhämta externa omdömen eller ”referenser” från andra uppgiftslämnare än sådana som har anvisats av anbudsgivarna om detta inte särskilt framgår av anbudsförutsättningarna.

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 § och 6 kap. 12 § 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.

Av lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling följer att Marknadsdomstolen efter ansökan kan förbjuda en enhet att vid genomförande av upphandling i anbudskonkurrens tillämpa ett visst beteende avseende upphandling som vid en samlad bedömning är att anse som otillbörligt på grund av att beteendet påtagligt snedvrider förutsättningar för konkurrens vid upphandlingen. En förutsättning för att Marknadsdomstolen skall få förbjuda ett visst beteende är att enheten tidigare tillämpat beteendet eller att det av annan särskild anledning är sannolikt att enheten kommer att tillämpa detta. Ett förbud enligt lagen får gälla inte bara ett visst angivet beteende utan även beteenden som väsentligen överensstämmer med det angivna.

### Yttrande

Tomelilla kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, men inte inom föreskriven tid inkommit med något svar.

### Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende 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 infordrat anbud avseende tjänster för fastighetsservice i upphandlingar som till följd av sitt värde har varit att bedöma enligt de direktivstyrda bestämmelserna i 5 kap. LOU.

Även om de aktuella upphandlingarna numera har avbrutits föranleder det som framkommit om Tomelilla kommuns förfarande vid referenstagningen följande kommentarer:

Av utredningen framgår att Tomelilla kommun till grund för sin bedömning av i vart fall en av anbudsgivarnas möjlighet att utföra aktuella tjänster underlåtit att tillfråga de referenter som anbudsgivaren själv hänvisat till i sitt anbud. Omdömen har istället inhämtats genom formlösa samtal med ett antal uppgiftslämnare som anbudsgivaren över huvud taget inte har haft någon affärsrelation med. Dessa uppgiftslämnare har i flera fall dessutom lämnat anbud som konkurrerat med anbudsgivaren i aktuell upphandling.

Att kalla sådana uppgifter för referenser är enligt Konkurrenskommissionen felaktigt och missvisande. Med referenser måste rimligen avses omdömen från sådana tidigare affärspartners eller andra avnämare som anbudsgivaren själv refererat till i sitt anbud eller som det på annat sätt framgår att de kommer att tillfrågas.

Av bevisförordningen följer att inga andra omdömen än skriftliga attester som ingivits av anbudsgivaren själv har kunnat tillmätas något avseende i den aktuella upphandlingen. Några sådana uppgifter har inte förelegat avseende något av de ingivna anbuden. Den av Tomelilla kommun åberopade referensvärderingen är redan av detta skäl felaktig och strider mot upphandlingslagens och det bakomliggande EG-direktivets bestämmelser.

Även om de aktuella upphandlingarna avsett ett mindre värde och således skulle ha varit att bedöma enligt de i 6 kap. LOU intagna nationella bestämmelserna kan det knappast anses affärsmässigt att underlåta att tillfråga de referenter som framgått av anbuden. Om kommunen därutöver velat inhämta omdömen från andra uppgiftslämnare än sådana som anbudsgivarna själv hänvisat till skulle detta ha framgått av förfrågningsunderlaget. Negativa omdömen som lämnats av konkurrenter till anbudsgivaren kan däremot självklart inte tillmätas relevans. Referensinfordran borde vidare ha skett i enlighet med ett i förväg upprättade likformiga frågeformulär som hållits tillgängliga för anbudsgivarna, av vilka framgår frågornas relevans i förhållande till föremålet för upphandlingen.

Oavsett upphandlingsform skulle resultatet av referenstagningen och kommunens värdering av inkomna omdömen vidare finnas dokumenterad och tillgänglig för anbudsgivarna i efterhand.

Tomelilla kommuns förfarande, att vid anbudsvärderingen beakta opreciserade och delvis hemliga uppgifter av närmast skvallerkaraktär, strider enligt Konkurrenskommissionens mening således mot kravet på affärsmässighet enligt lagen om offentlig upphandling. Om kommunen fortsättningsvis beaktar referenser på angivet sätt torde detta kunna föranleda ingripande enligt lagen mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling. Förfarandet riskerar dessutom att snedvrída konkurrensen.

---

<sup>[1]</sup> Länsrätten i Skåne län, beslut den 7 maj 2003 om interimistiskt verkställighetsförbud (inhibition) i mål nr. 4897-03.

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

<sup>[3]</sup> Uttalande av det ansvariga kommunalrådet K.J. i Ystads Allehanda den 30 augusti 2003.

<sup>[4]</sup> Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från den 1 januari 2002, vid upphandlingar av varor och tjänster.

<sup>[5]</sup> Se NOU-info okt. 97, sid. 13, Nämnden för offentlig upphandling (NOU) uttalade i ett tillsynsärende 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"*.

<sup>[6]</sup> Se NOU-info mars 1998 sid. 16 f.

---

<sup>[PCI]</sup>Länsrätten avskrev därför målet genom beslut den 16 maj 2003, utan att förhållandena i upphandlingen i övrigt prövades.

