

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 03-037

PM 1 2003-1-05 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Avesta kommun har i en upphandling av renhållningstjänster blandat samman s.k. utvärderingskriterier med s.k. kvalifikationskrav samt vägt in omständigheter som inte stöds av förfrågningsunderlaget. Handläggningen uppvisar brister även i övrigt och tilldelningen har skett till en anbudsgivare som i formellt hänseende inte uppfyllt samtliga för upphandlingen ställda krav.

Avesta kommun har i juni 2002 infordrat anbud för insamling och transport av hushållsavfall samt med hushållsavfall jämförligt avfall inklusive latrin samt transport från återvinningsstationer av avfall som ej omfattas av producentansvar, under perioden den 1 januari 2003 till och med 31 december 2007, således sammalagt sju år inklusive förlängningsår (5 + 2).

Av förfrågningsunderlaget framgår inte vilket särskilt upphandlingsförfarande som skall tillämpas för upphandlingen.¹ Såvitt kunnat utredas har upphandlingen inte annonserats i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT).

Under rubriken "Miljö- och kvalitetsplan" enligt punkten 108 i förfrågningsunderlaget anges det som ett obligatoriskt s.k. skall-krav ("Minimikrav") att anbud skall innefatta en "beskrivning av de fordon som kommer att användas med angivande av typ- och årsmodeller, utrustning, fordonsbränsle, avgasrening och underhåll".²

Under rubriken "Prövning av anbud" enligt punkten 113 i underlaget framgår att det för kommunen ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall antas med hänsyn till följande kriterier:

Kriterium:	Bedömningsunderlag:	Max poäng:
Pris	- Enligt bifogat diagram ***	70 poäng
Miljö: *	- Fordon - Skyddsåtgärder - Utbildning	10 poäng **
Kvalitet och service: *	- Organisation och personal	10 poäng **
Säkerhet i utförandet: *	- Verksamhetsidé - Ekonomisk stabilitet	10 poäng **

*) Bedömningsunderlaget utgörs av de uppgifter som lämnas i enlighet med kraven i punkt 108 inkl lämnade referenser.¹²¹

**) Tröskelvärdet för att gå vidare i bedömningen är 5 poäng för respektive kriterium."

***) Till underlaget fanns bifogat ett formulär "poängberäkningsdiagram för anbudspris"

Anbudstiden gick ut den 19 augusti 2002. Något anbudsöppningsprotokoll har enligt uppgift inte upprättats i upphandlingen. Av tillgängligt underlag från utvärderingen framgår att det inkommit fyra anbud (anbud A – D), vilka samtliga upptagits till slutlig prövning.

Avesta kommun har därefter genomfört en utvärdering av inkomna anbud genom jämförelse av pris och kvalitetsomständigheter i enlighet med följande:

Kriterium:	Anbudsgivare A	Anbudsgivare B	Anbudsgivare C	Anbudsgivare D
Pris:	1.616.000 kr./år	1.707.000 kr./år	1.695.000 kr./år	2.393.000 kr./år
Prispoäng:	70 poäng	67 poäng	67 poäng	37 poäng
Miljö:				
- Miljöledningssystem	nej	ja	nej	ja
- Fordon	ok	ok	ok	ok
- Skyddsåtgärder	ok	ok	ok	ok
- Utbildning	ok	ok	ok	ok
- Miljöpolicy	nej	ja	nej	ja
Miljöpoäng:	5 poäng	10 poäng	5 poäng	10 poäng
Kvalitet och service:				
- Organisation	ok	ok	ok	ok
- Personal	ok	ok	ok	ok

- Arbetsmiljöpolicy	nej	ja	nej	ja
- Kvalitetsplan / - ledning	nej	ja	nej	ja
- Försäkring	ja	ja	ja	ja
- Certifiering ISO	nej	ja	nej	ja
Kvalitets- och servicepoäng:	5 poäng	10 poäng	5 poäng	10 poäng
Säkerhet i utförande:				
- Verksamhetsidé	ok	ok	ok	ok
- Ekonomisk stabilitet	ok	ok	ok	ok
Poäng för säkerhet i utförande:	10 poäng	10 poäng	10 poäng	10 poäng
Totalpoäng	90 poäng	97 poäng	87 poäng	67 poäng

Vid den refererade anbudsutvärderingen erhöll Anbudsgivare B således högsta totalpoäng med 97 poäng. Kommunen har därefter beslutat att tilldela Anbudsgivare B kontraktet i upphandlingen, vilket den 27 december 2002 och 13 januari 2003 undertecknades av parterna.

Av den poängsammanställning som kommunen redovisat som underlag för sitt tilldelningsbeslut framgår att – utöver de omständigheter som enligt förfrågningsunderlaget skulle beaktas – under kriteriet “Miljö” även har bedömts och poängsatts: “Miljöledningssystem” och “Miljöpolicy”; Under kriteriet “Kvalitet och service” har på samma sätt bedömts och poängsatts: “Arbetsmiljöpolicy”, “Kvalitetsplan / - ledning”, “Försäkring” samt “Certifiering ISO”, trots att det varken har framgått att en sådan värdering skall ske eller har redovisats några värderingskrav.

Den vinnande Anbudsgivaren B har vidare uppgivit följande avseende de fordon som kommer att användas i entreprenaden: *För entreprenadens genomförande kommer vi att använda ett sidlastande samt ett baklastande fordon. Fordonens årsmodeller 1996- 2000. Drivmedel är diesel Mk I. Reservfordon finns tillgängligt inom regionen*^[3]. Någon upplysning om de tänkta fordonens typ-modeller, utrustning, avgasrening och underhåll lämnar Anbudsgivare B således inte, trots en obligatorisk föreskrift om sådan redovisning i förfrågningsunderlaget. Efterfrågade upplysningar har såvitt kunnat utredas inte heller ingivits till kommunen kompletteringsvis, efter anbudstidens utgång.

Med ledning av inkomna anbud kan upphandlingens värde uppskattas till 1,7 miljoner kronor per år eller totalt 11,9 miljoner kronor under hela avtalsperiodens löptid, inklusive angiven förlängningsperiod. Med tillämpning av upphandlingslagens modell för tröskelvärdessberäkning (se nedan) kan upphandlingens värde således uppskattas till 6,8 miljoner kronor.

Gällande rätt

All offentlig upphandling och vad som äger samband med denna regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.

Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande tjänster utgör sådana s.k. A-tjänster (kategori 16) enligt en bilaga till lagen, som om det samlade kontraktsvärdet av upphandlingen överstiger tröskelbeloppet € 200.000 eller 1,741 miljoner kronor^[4], skall upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap., 5 kap. samt 7 kap. LOU. Lagens bestämmelser bygger i angivet avseende på EG/ministerrådets direktiv 92/50/EEG, det s.k. tjänstedirektivet. Understiger upphandlingens värde angivet tröskelbelopp skall denna istället handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§, 6 kap. samt 7 kap. LOU.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller att all upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Därmed förstås att handläggningen skall ske i enlighet med de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och icke-diskriminering, proportionalitet, förutsebarhet och transparens samt ömsesidigt erkännande som följer av gällande gemenskapsrätt.

Upphandlingens värde skall enligt 5 kap. 7 § LOU beräknas till månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om kontraktets löptid, inklusive eventuell options- eller förlängningsperiod, är längre än 48 månader (4 år). Överstiger det på detta sätt beräknade

upphandlingsvärdet 1,741 miljoner kronor skall upphandlingen enligt 1 kap. 7 § samt 5 kap. 14 § LOU som regel annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) samt handläggas enligt de formaliserade förfarandena för *öppen upphandling* eller *selektiv upphandling*. Annat upphandlingsförfarande får förekomma endast om det samlade värdet av upphandlingen understiger tröskelvärdesbeloppet eller det föreligger vissa särskilda förhållanden.^[5]

Enligt 1 kap. 20 § LOU skall försändelser med anbud, så snart som möjligt efter anbudstidens utgång, öppnas vid en förrättning där minst två av den upphandlande enheten utsedda personer skall delta. Anbudena skall därefter föras upp i en förteckning, som skall bestyrkas av dem som deltar i förrättningen. Om ett anbud saknar viss information får enligt 1 kap. 21 § LOU den upphandlande enheten begära att anbudet förtydligas eller kompletteras om detta kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Enligt 1 kap. 20 a § LOU skall den upphandlande enheten pröva anbudena i den ordningen att enheten, innan den börjar pröva anbudena, först prövar om anbudsgivarna eller anbudssökandena uppfyller de krav som ställts upp på leverantören. Anbud som inte uppfyller för upphandlingen grundläggande s.k. skall-krav skall läggas åt sidan och förkastas ur upphandlingen. Sådana s.k. orena bud får över huvud taget inte upptas till värdering i upphandlingen^[6].

Lagen skiljer genom uppdelningen i 1 kap. 20 a § mellan å den ena sidan s.k. kvalifikationskrav, d.v.s. omständigheter som är att hänföra till anbudsgivarens person och organisation och å den andra sidan s.k. värderingskrav, d.v.s. omständigheter som är att hänföra till föremålet för upphandlingen och anbudet som sådant. Den s.k. kvalifikationsprövningen av anbudsgivarnas lämplighet respektive den materiella anbudsprövningen, där anbudens kvalitet vägs mot priset, är således två olika moment som styrs av skilda regler. Vid ett selektivt upphandlingsförfarande eller urvalupphandling sker prövningarna vid separata tillfällen medan vid öppen upphandling och förenklad upphandling kan prövningarna ske vid samma tillfälle. Kvalifikationsprövningen skall dock alltid ske tidsmässigt före anbudsprövningen och de olika kategorierna av omständigheter får således inte blandas samman.^[7]

I upphandlingsrättslig doktrin framhålls icke sällan problemet med upphandlande enheter som blandar samman de olika kategorierna och behandlar t.ex. kvalifikationsomständigheter som värderingskrav. I delbetänkandet ”*Effektiva offentliga upphandlingar*” (SOU 1999:139) konstaterade bl.a. den av regeringen tillsatta Upphandlingskommittén att ”*Frågan om hur upphandlande enheter tillämpar sina på förhand angivna utvärderingskriterier är nära kopplat till de upphandlande enheternas förmåga att utforma förfrågningsunderlag. Utvärderingskriterierna är ofta oklart formulerade och blandas ihop med kvalifikationskraven [...] Kommittén anser det vara belagt att alltför många upphandlande enheter tillåter sig att väga in andra omständigheter vid anbudsprövningen än de som angivits i förfrågningsunderlaget eller i annonsen. Ett sådant förfarande strider mot likabehandlings- och transparensprincipen*”.^[8]

Till stöd för sin bedömning av kvalifikationsomständigheter kan den upphandlande enheten infordra skriftliga bevis av olika slag. Enligt 1 kap. 18 § LOU skall enheten i annonsen om upphandling eller inbjudan till anbudsgivning ange vilka bevis den vill ha om en leverantörs finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet. Vilka dokument som därvid kan komma ifråga regleras genom förordningen (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling (den s.k. bevisförordningen). Som bevis vid offentlig upphandling kan t.ex. förekomma skriftliga miljöledningssystem och policydokument, kvalitetsplaner och planer för arbetsledning, försäkringsbrev och olika certifikat eller intyg som styrker att leverantören uppnått viss godkänd nivå i t.ex. kvalitets- eller miljöhänsen (exempelvis

ISO 9000 och ISO 14000 -certifikat). Bevis kan även bestå av skriftliga referensattester, som i förekommande fall skall inges i samband med anbudet.

Om upphandlingsföreskrifterna föreskriver skriftlig dokumentation i form av bevis enligt bevisförordningen har den upphandlande enheten att vid hanteringen av inkomna anbud kontrollera att föreskrivna bevis finns bilagda anbudet eller ej. Anbud som inte innehåller bevis som angivits som obligatoriska får inte upptas till anbudsvärdering eftersom anbudet i dessa fall utgör s.k. orena bud. Någon materiell bedömning av innebörden av de ingivna bevisdokumenten kan emellertid inte ske med mindre än att enheten i förfrågningsunderlaget även redovisat att sådan bedömning kommer att ske, samt på vilka grunder (enligt vilka krav) värderingen skall komma att genomföras. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) anger bl.a. att "Ett bevis får inte utvärderas i sig om det inte kopplas till ett krav".¹⁰¹ NOU ger en möjlighet för en upphandlande enhet att påstå eller på annat sätt värdera ingivna kvalitets- eller miljöledningssystem och policydokument enbart på den grunden att det av förfrågningsunderlaget framgår att dessa handlingar skall ges in, föreligger således inte.

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 och anbud behandlas lika.

Av 1 kap. 22 § LOU framgår att den upphandlande enheten i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling skall ange vilka omständigheter den avser att tillmäta betydelse vid värderingen av inkomna anbud. I ett förarbetesuttalande anger den föredragande departementschefen bl.a. att: "Det får [...] inte förekomma att ett anbud väljs framför ett annat på grund av en omständighet som anbudsgivarna inte i förväg fått reda på".¹⁰² Lagen om offentlig upphandling ger därmed uttryck för den s.k. *transparensprincipen* eller principen om förutsebarhet och öppenhet, av vilken följer att anbudsgivarna i en upphandling skall ha tillgång till all information som erfordras för att de skall kunna bedöma vad som förväntas av dem i upphandlingen. Avsedd öppenhet åstadkommes bland annat genom att den upphandlande enheten i förväg måste informera om hur upphandlingen kommer att handläggas samt enligt vilka kriterier inkomna anbud kommer att värderas. Några andra omständigheter än sådana som anbudsgivarna i förväg informerats om och som klart framgår av förfrågningsunderlaget får således inte vägas in vid anbudsvärderingen eller på annat sätt läggas till grund för beslut om tilldelning i upphandlingen.

Det är således inte möjligt att vid värderingen av vilket anbud som skall anses erbjuda den ekonomiskt mest fördelaktiga lösningen lägga till nya omständigheter som inte angivits i förfrågningsunderlaget eller som angivits på annan plats i underlaget men utan referens till att omständigheten skall komma ingå i anbudsvärderingen. Till varje omständighet skall i enlighet med vad som redovisats ovan även finnas kopplat ett krav om hur denna skall komma att värderas. Omständigheter som angivits enbart som obligatoriska s.k. skall-krav kan utan kompletterande information knappast ingå i en ekonomisk värdering av hur väl anbudet motsvarar upphandlingsförväntningarna (bör-krav), eftersom den enda tänkbara uppskattningen i sådant fall är binär.

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 onödigt nedlagda 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*).¹⁰³ 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 fattats. I fråga om skadeståndets beräkning och funktioner erinras i förarbetena vidare om att syftet med det bakomliggande EG-direktivets¹⁰⁴ 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.

Yttrande

Avesta 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 oberoende 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.

Avesta kommuns aktuella upphandling av renhållningstjänster innefattar s.k. A-tjänster till ett sådant värde att den skall handläggas och bedömas enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap., 5 kap. samt 7 kap. LOU. Kommunen handläggning av den aktuella upphandlingen föranleder följande kritiska påpekanden:

- (I) Något anbudsöppningsprotokoll finns inte upprättat i upphandlingen och det är oklart vilket upphandlingsförfarande som har tillämpats samt huruvida upphandlingen har utlysts (annonserats) i föreskriven ordning. Redan dessa förhållanden kan kritiseras som stridande mot lagen om offentlig upphandling.
- (II) Av utredningen i ärendet framgår att en materiell anbudsvärdering har genomförts bland annat på grundval av till anbudena fogade bevis om anbudsgivarnas miljöledningssystem, arbetsmiljö- och miljöpolicyer, kvalitets- och ledningsplaner, försäkringsbrev samt ISO-certifikat, där poängsättning och jämförelse har skett mot anbudens pris. Dessa bevis avser emellertid inte några värderingsomständigheter utan s.k. kvalifikations omständigheter som har ställts upp på leverantören, och som tidsmässigt skall prövas före och således inte får blandas samman med den materiella anbudsvärderingen. Någon möjlighet att väga dessa omständigheter mot anbudens pris har således inte förelegat. Upphandlingens handläggning strider i detta avseende mot affärsmässighetskravet enligt lagen om offentlig upphandling.
- (III) De omständigheter som uppges ha lagts till grund för den materiella anbudsvärderingen är delvis andra än vad kommunen ursprungligen föreskrivit i upphandlingsunderlaget, bl.a. har "*Miljöledningssystem*" och "*Miljöpolicy*", "*Arbetsmiljöpolicy*", "*Kvalitetsplan / -ledning*", "*Försäkring*" samt "*Certifiering ISO*" tillkommit som helt nya värderingskriterier. Det framstår av den tilldelningsinformation som lämnats inte klart på vilket sätt som bedömning och poängsättning av respektive omständighet har gått till, men enkom det förhållandet att kommunen har framfört krav på bevis om dessa omständigheter i upphandlingsunderlaget medför inte att någon värdering av omständigheterna automatisk kan ske, och i sådant fall skall det till respektive bevis i vart fall finnas kopplat ett uttryckligt krav, vilket saknas i det aktuella upphandlingsunderlaget. Inte heller i detta avseende kan handläggningen anses uppfylla upphandlingslagens krav på affärsmässighet.
- (IV) Såvitt kan utläsas av det vinnande anbudet B saknar detta en sådan beskrivning avseende de fordon som kommer att användas med angivande av typ- och årsmodeller, utrustning, fordonsbränsle, avgasrening och underhåll som föreskrivits som ett obligatoriskt s.k. skall-krav i upphandlingen. Avesta kommun synes inte heller ha inhämtat någon komplettering avseende de aktuella uppgifterna. När kommunen fattat

beslut om tilldelning i upphandlingen har detta således skett på grundval av vad som i sitt aktuella utförande får anses vara s.k. orent bud vilket rätteligen borde ha förkastats ur upphandlingen. Även i detta avseende har affärsmässighetskravet enligt lagen om offentlig upphandling överträtts.

Vad Avesta kommun således har lagt till grund för sitt beslut om tilldelning i den aktuella upphandlingen strider på flera punkter mot de krav av både formell och materiell art som kan ställas på en hur en offentlig upphandling skall handläggas. Genom förfarandet har kommunen åsidosatt de krav på affärsmässighet, transparens och förutsägbarhet samt likabehandling mellan anbudsgivare som uppställs enligt lagen om offentlig upphandling och de bakomliggande EG-direktiven. De påtalade felaktigheterna medför att konkurrensen på marknaden för renhållningstjänster snedvrids samtidigt som förtroendet för Avesta kommun som upphandlare undergrävs.

-
- ^[1] Se bland annat upphandlingsunderlaget, punkten 109 ”Upphandlingsform”, av vilken framgår att ”Upphandlingsformen är offentlig upphandling, enligt reglerna i ’Lag om offentlig upphandling’ (SFS 1992:1528)”.
- ^[2] Under punkten 108 i underlaget förekommer en uppräknning av sådana dokument med ”Information om anbudsgivaren” som skall bifogas till anbudet, däribland , uppgift om försäkring och försäkringsnummer, miljö- och kvalitetsplan, utbildningsplan. Till de senare planerna finns angivet vissa ”minimikrav” på vad som skall framkomma ur respektive plan.
- ^[3] Se Anbud B, punkten 8 andra stycket. Härutöver uppger anbudsgivaren i allmänna ordalag att ”Fordon anskaffas med inriktning att fylla kontraktskrav och arbetsmiljön. Dessutom har vi som mål att alltid anskaffa den typ av fordon vilka minst påverkar vår omgivande miljö. Löpande följer vi utvecklingen på fordons- och utrustningssidan. Detta innebär att varje ersättnings- och nyinvestering noggrant granskas ur miljö- och kvalitetssynpunkt. Vårt mål är att investera i det bästa marknaden har att erbjuda för tillfället”.
- ^[4] Se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling
- ^[5] Undantag från skyldigheten att annonsera upphandlingen får enligt 5 kap. 17 § LOU ske enbart om 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 brådskande 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. Understiger upphandlingens värde tröskelvärdet skall förenklad upphandling, urvalsupphandling eller direktupphandling enligt 6 kap. LOU istället tillämpas.
- ^[6] Se bl.a. EG-domstolens avgörande den 22 juni 1993 i mål nr. C-243/89 (Kommissionen mot Danmark), det s.k. Stora Bält (Store Bælt)-målet.
- ^[7] Se EG-domstolens avgörande den 20 september 1988 i mål nr. C-31/87 (Gebroederes Beentjes ./Nederländerna) det s.k. Beentjes-målet.
- ^[8] Se Upphandlingskommittén, delbetänkandet ”Effektivare offentlig upphandling” SOU 1999:139, sid. 171.
- ^[9] Nämnden för offentlig upphandling (NOU), NOU-info, juni 2002, sid. 9: ”NOU har flera telefonsamtal från leverantörer och konsulter angående problem med kvalifikationskrav vid offentliga upphandlingar. Ett problem som förefaller vanligt är att upphandlande enheter begär att anbudsgivare/sökande skall lämna in bevis, årsredovisningar, referenser, olika typer av intyg m.m., utan att det till dessa bevis kopplas några krav. [...] För varje krav som ställs skall den upphandlande enheten redogöra för anbudsgivarna/sökandena hur de skall visa att de uppfyller kraven. Till varje krav kopplas alltså ett bevis. Den upphandlande enheten kan således ange; ni skall ha erfarenhet av liknande arbeten, därför skall ni skicka in handlingar som styrker detta eller ni skall visa att ni har angivna ekonomiska resurser att klara av uppdraget, därför ska ni skicka in er årsredovisning etc. Ett bevis går inte att utvärdera i sig om det inte kopplas till ett krav”.
- ^[10] Se prop. 1992/93:88, sid. 51-52.
- ^[11] Prop. 1992/93:88, sid. 103.
- ^[12] 89/665/EEG ar. 1(c) samt 92/13/EEG art. 2(d).