

## KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 04-020

PM 2 2004-06-16 SLUTLIG BEDÖMNING

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

*Ängelholms kommun har i en upphandling av kontorsmateriel m.m. beslutat förkasta ett anbud på grunder som inte redovisats i förfrågningsunderlaget. Bland annat uppges anbudet inte innefatta tillräckligt sortiment, trots att krav på specifikt sortiment saknas i upphandlingen.*

Ängelholms kommun har som funktionsansvarig upphandlare, i samverkan med Båstad, Åstorp och Örkelljunga kommuner, i mars 2004 infordrat anbud avseende kontorsmateriel under perioden den 1 juni 2004 till och med den 31 maj 2006, men möjlighet till två års förlängning (2 + 2 år).<sup>11</sup>

Enligt förfrågningsunderlaget skall upphandlingen handläggas som en s.k. öppen upphandling enligt 2 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Anbud får lämnas för hela upphandlingen eller på enstaka varugrupper av det efterfrågade sortimentet<sup>12</sup>.

Av punkten 1 i underlaget framgår att upphandlingen avser successiva leveranser av kontorsmateriel inom kategorierna: ”Skrivar- och kopieringspapper”, ”Lasertoners och bläckpatroner”, ”Ergonomiska tillbehör” samt ”Övrig kontorsmateriel”, för upphandlande kommuners olika förvaltningar.

Enligt samma punkt uppges underlaget vidare vara ”uttömmande” samt uppdelat i tre delar vilka ”innehåller samtliga förutsättningar och krav som gäller för anbudsgivningen”. De tre delarna utgörs av ”Anbudsförfrågan”, ”kravspecifikation” samt ”Kommersiella villkor – Avtalstext”.

Avseende kategorierna ”Skrivar- och kopieringspapper”, ”Lasertoners och bläckpatroner” samt ”Övrig kontorsmateriel” återfinns i en till underlaget bifogad prisbladsfil specificerade förteckningar av vilka produkter som efterfrågas. Någon motsvarande produktförteckning avseende kategorin ”Ergonomiska tillbehör” lämnas däremot inte i förfrågningsunderlaget eller i något annat underlag för upphandlingen.

Av punkten 17.4 i underlaget framgår att det anbud kommer att antas vilket framstår som det för beställaren ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till kriterierna ”pris” samt ”kvalitet och leveranstid”, med 50 procents viktning vardera.

Anbudsutvärderingen skall enligt samma punkt i underlaget inledas med en prövning huruvida respektive artikel uppfyller för upphandlingen ställda s.k. skall-krav och, om så konstateras vara fallet, skall även artikelns funktion och utförande samt kvalitet bedömas.

Till förfrågningsunderlaget finns fogat fem bilagor med kompletterande krav och upplysningar. Dessa bilagor utgörs av: (1) Kravspecifikation, (2) Kommersiella villkor – avtalsvillkor (3) Artikelspecifikation, (4) Instruktion ifyllnad av Prisblad, (5) Leveransadresser.

Av bilagan 1 med ”kravspecifikation” samt av bilaga 3 med ”artikelspecifikation” framgår enbart vilka minimikrav, s.k. skall-krav, som ställs i upphandlingen samt en redovisning av vilka produkter upphandlingen avser inom kategorierna: ”Skrivar- och kopieringspapper”, ”Lasertoners och bläckpatroner” samt ”Övrig kontorsmateriel”. Någon information om vilka önskemål som skall förknippas med ”kvalitet och leveranstid” återfinns varken i bilaga 1 och 3 eller i någon annan del av förfrågningsunderlaget. Inte heller klarläggs vad de upphandlande kommunerna avser med ”funktion och utförande samt kvalitet” eller på vilket sätt dessa omständigheter skall komma att värderas i upphandlingen.

Som angivits tidigare framgår inte heller någon företeckning av vilka produkter upphandlingen avser inom kategorin ”Ergonomiska tillbehör”.

Tilldelningsbeslut i upphandlingen fattades den 13 maj 2004. Inom kategorin ”Ergonomiska tillbehör” tilldelades kontraktet Anbudsgivare A. På fråga från en konkurrerande anbudsgivare (Anbudsgivare B) om vilka omständigheter som föranlett aktuell tilldelning har en företrädare för den funktionsansvariga kommunen per e-mail uppgivit följande:

*”... Ergonomi hade ni offererat mattings sortiment och det ansåg ergonomen var för snävt. Främst saknade hon tangentbord i tre storlekar. ni var de enda som erbjöd tangentbord i mellanstorlek, men detta är så högbyggande (lutande) att hon avfärdade det direkt”[nytt stycke] ”Vidare så saknade hon urval av pekdon hos er, ni för ju visserligen det mesta, men detta var inte offererat”.*

Anbudsgivare B uppger sig ha ett sortiment av sådan bredd att företaget mycket väl hade kunnat tillfredsställa kommunens krav i angivet avseende. Att så inte skett förklara företaget med att det inte i förväg har stått klart vilket produktsortiment kommunerna hade förväntat sig i upphandlingen.

#### Gällande rätt

Upphandling av varor skall, om det samlade kontraktsvärdet av upphandlingen överstiger tröskelvärdet  $\geq$  200.000 eller 1,845 miljoner kronor<sup>[1]</sup>, handläggas jämlikt bestämmelserna i 1 kap., 2 kap. samt 7 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU, samt i enlighet med Europeiska rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor (det s.k. varuupphandlingsdirektivet). 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 bland annat av hänsyn till principen om icke diskriminering<sup>[2]</sup> (jfr. art. 6 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. Lagens bestämmelser medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader.

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 vilket anbud som skall antas är därvid mycket central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Vägledande gemenskapsrättsliga principer utgörs av kraven på *likabehandling* och *transparens*.

I svensk rättspraxis har Regeringsrätten sammanfattat dessa båda principer genom följande uttalande: ”I det [i lagen om offentlig upphandling] uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens”<sup>[3]</sup>.

Principen om *likabehandling*, d.v.s. kravet ”...att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat”, innefattar bl.a. att inkomna

anbud genom s.k. nollställning skall kunna göras sinsemellan fullständigt jämförbara innan de underställs slutlig värdering och beslut om tilldelning i upphandlingen. Samtliga omständigheter som angivits i förfrågningsunderlaget skall därvid värderas på ett likformigt sätt. Enheten får varken lägga till (jfr. transparensprincipen nedan) eller dra ifrån någon omständighet vid värderingen av anbud. Ett upphandlingsunderlag som inte medger att anbud kan jämföras på ett affärsmässigt sätt strider således mot likabehandlingsprincipen.

Enligt den s.k. transparensprincipen, d.v.s. kravet ”...att ett förfrågningsunderlag skall vara ... klart och tydligt utformat”, skall upphandlingsprocessen kännetecknas av förutsebarhet för leverantörerna. Om kraven i ett förfrågningsunderlag, utan angivande av några närmare definitioner, begränsats till att enbart omfatta punktvis uppställda kriterier, kan dessa inte på ett affärsmässigt sätt läggas till grund för värderingen av anbud. Kammarrätten i Sundsvall<sup>64</sup> har i två avgöranden, som får anses utgöra på området vägledande rättspraxis, bland annat angivit att ett förfarande där det har *överlämnats åt anbudsgivarna att själva ange vad de anser ligga i de olika begreppen och i vilken mån de uppfyller dem*, och därmed har *lämnat utrymme för en helt subjektiv bedömning*, strider mot lagens krav på affärsmässighet.

### Yttrande

Ängelholms 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.

Ängelholms kommun har som funktionsansvarig upphandlare för flera kommuner i nordvästra Skåne genomfört en upphandling avseende kontorsvaror m.m. Kontraktsvärdet måste mot bakgrund av att upphandlingen avser flera kommuners behov av kontorsvaror under flera år anses som betydande, och upphandlingen har utlyst och genomförts enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna för upphandling över gällande tröskelvärde.

(I) Av upphandlingsunderlaget framgår att anbud skall komma att antas med utgångspunkt i erbjuden ”*kvalitet och leveranstid*”, vilket skall tillmätas 50 procent relevans vid anbudsvärderingen. Det framgår vidare att *funktion* och *utförande* samt *kvalitet* skall bedömas, men inte på vilket sätt och enligt vilka krav denna bedömning skall komma att ske. Frånvaron av närmare precisering av vilka krav som ställs på de upphandlade produkterna samt hur dessa skall komma att bedömas strider mot den s.k. transparensprincipen enligt vilken det skall vara möjligt för anbudsgivande leverantörer att kunna förutse hur anbudsvärderingen skall komma att genomföras.

(II) Inom samtliga upphandlingskategorier utom ”*Ergonomiska tillbehör*” lämnas i upphandlingsunderlaget specificerade redogörelser av vilka produkter och produktslag som upphandlingen avser. Inom kategorin ”*Ergonomiska tillbehör*” lämnas varken någon sådan redovisning eller uppställs krav på ett visst produktsortiment. Trots detta åberopar Ängelholms kommun till stöd för att förkasta ett anbud ur upphandlingen (anbud B) att detta inte innehåller ett tillräckligt brett produktsortiment. Av kontakter med kommunen under hand framgår att tangentbord i flera storlekar samt urval av pekdon utgjort särskilda önskemål i upphandlingen. Detta framgår emellertid inte av underlaget, vilket strider mot såväl likabehandlingsprincipen som den ovan angivna transparensprincipen.

Sammantaget har den aktuella upphandlingen inte handlagts i enlighet med lagen om offentlig upphandling och på området gällande EG-direktiv, vilket riskerat att snedvrider konkurrensen på den lokala marknaden för kontorsvaror.

- 
- <sup>[1]</sup> Angivna avtalstiden gäller för kommunerna Åstorp, Ängelholm och Örkeljunga. Båstads kommun har option på att inträda i avtalet den 1 januari 2005 (felskrivet som 2004-01-01 i underlaget).
- <sup>[2]</sup> Se Ängelholms kommun, upphandlingsunderlag för upphandling av kontorsvaror m.m., punkterna 4 och 5.
- <sup>[3]</sup> Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling, ändrad genom förordningen 2004:4, gällande tröskelvärde och med den 15 februari 2004, vid upphandlingar av varor och tjänster.
- <sup>[4]</sup> Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.
- <sup>[5]</sup> Se Regeringsrätten dom i mål nr. 300-2002 – Migrationsverket - meddelad den 13 juni 2002.
- <sup>[6]</sup> Se Kammarrätten i Sundsvall, dom i mål nummer 943-1997 – Wilhelmina kommun - samt i mål nr. 1669-2000 – Landstinget i Dalarna.