

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 06-005

PM 2 2006-04-26 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Det kommunala bostadsbolaget AB Gavlegårdarna har vid upphandling av ett tekniskt mätsystem jämte anslutande installationsarbeten antagit ett anbud som inte uppfyller de administrativa kraven i förfrågningsunderlaget. Bolaget har vid anbudsvärderingen även bortsett från vissa tillkommande kostnader som sannolikt innebär att det vinnande anbudet inte erbjuder den ekonomiskt mest fördelaktiga lösningen.

Det av Gävle kommun helägda bostadsbolaget AB Gavlegårdarna inhämtade i oktober 2005 skriftliga anbud avseende leverans av ett komplett system för mätning av komforttemperatur, elenergi och varmvattenförbrukning i lägenheter samt kommunikationsgränssnitt för transport av dessa mätvärden till överordnat system via bredbandsnätet. Mätssystemen skall installeras i lägenheter i bolagets fastighet Vinddraget 15A – 15C inom stadsdelen Andersberg, Gävle kommun (projektnummer: 1006 4185).

Enligt förfrågningsunderlaget, daterat den 17 oktober 2005, skall upphandlingen handläggas som en s.k. öppen upphandling. Av punkten AFB 52 i underlaget framgår vidare att AB Gavlegårdarna skall komma att anta det anbud som ”*bedöms vara det mest fördelaktiga med hänsyn till samtliga omständigheter*” i enlighet med ett antal särskilt angivna bedömningskriterier.¹¹ Vidare framgår, under punkten AFB 51 sista stycket, att anbudsgivare *kan* uteslutas från deltagande i upphandlingen om inte samtliga skall-krav i förfrågningsunderlagets är uppfyllda.

Enligt punkten AFD 461 i förfrågningsunderlaget anges som ett obligatoriskt s.k. skall-krav att garantitiden skall vara två år räknat från godkännande av entreprenad. En tillkommande ”*särskild varugaranti*” skall enligt AFD 462 därjämte gälla tre år längre än entreprenadens garantitid för samtliga produkter och inkludera fri telefonsupport under kontorstid, vardagar. I den särskilda varugarantin skall uppdatering av förekommande mjukvaror och licenser ingå under en period av åtta år. Samtliga licenser och mjukvaror som krävs för att hantera, konfigurera och underhålla offererade produkter och funktioner skall ingå i anbudssumman och omfattas av den beskrivna förlängda garantitiden på åtta år. I anbuden *skall* garantier och licenser ingå med antingen fast pris eller redovisas som årliga avgifter angivna i SEK.

Vid anbudstidens utgång den 30 december 2005 noterades två inkomna anbud, här angivna som Anbud A respektive Anbud B. Båda anbuden upptogs till slutlig prövning och värdering i upphandlingen. Beslut om tilldelning meddelades den 8 mars 2006. Enligt tillgängligt protokoll med anbudsvärdering och tilldelningsbeslut bedömdes anbuden likvärdiga avseende samtliga kriterier utom priset.¹² Tilldelning skedde därför med utgångspunkt i anbudens pris, där Anbud A uppgavs till 1.139.000 kronor medan Anbud B uppgavs till 1.078.00 kronor. Den relativa skillnaden mellan anbuden uppgick således till 61.000 kronor eller c:a 5.7 procent. Kontraktet tilldelades i enlighet med detta till Anbudsgivare B.

Vid genomgång av anbuden framgår att Anbudsgivare A valt att inkludera kostnaden för den särskilda varugarantin som en del av sitt fasta anbudspris medan Anbudsgivare B har valt att redovisa garantikostnaden som procentuella pålägg relaterade till aktuella hård- respektive mjukvarukostnader¹³. Vari dessa kostnader består framgår emellertid inte av

anbudet och påslaget har heller inte beaktats av AB Gavlegårdarna vid den slutliga anbudsutvärderingen.

Det pris som har legat till grund för värderingen av Anbud B har således varit pris exklusive pålägg. Försiktigt uppskattat torde den dolda kostnaden enligt Anbud B väsentligt överstiga den relativa prisskillnaden mellan anbudena.

Länsrätten i Gävleborgs län har genom dom den 7 april 2006 ogillat tala om överprövning (rättelse) med den motiveringen att anbudens bindningstid har gått ut. Domen har inte vunnit laga kraft.^[4]

Gällande rätt

All offentlig upphandling och vad som äger samband med den, regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Blandade upphandlingar av varor (teknisk mätutrustning) och tjänster (installationsarbeten) vars kontraktsvärde understiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,845 miljoner kronor^[5] skall handläggas enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU. Upphandlingen skall därvid normalt utlysas enligt ett s.k. förenklat förfarande eller som en s.k. urvalsupphandling.

Ingår upphandlingen som en del i ett större förfarande vars sammanlagda värde överstiger gällande tröskelvärde skall upphandlingen emellertid handläggas enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. samt 2 kap. (varor) eller 5 kap. (tjänster) LOU. Enligt den s.k. överviktsprincipen, som finns införd i 5 kap. 3 § LOU, skall upphandlingen därvid bedömas enligt de bestämmelser som värdemässigt dominerar upphandlingen. Förfarandet för öppen upphandling eller selektiv upphandling skall i sådant fall tillämpas.

Skyldigheten att följa lagens bestämmelser åvilar, förutom statliga och kommunala myndigheter m.m., även bl.a. kommunala bolag som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär^[6]. Enligt 2 kap. 7 § kommunallagen (1991:900) är kommunerna med några undantag^[7] förbjudna att (direkt eller indirekt via företag) bedriva kommersiellt betingad näringsverksamhet. Mot bakgrund av kommunallagens reglering måste som regel kommunala företag alltid anses utgöra sådana s.k. *upphandlande enheters* som är skyldiga att iaktta upphandlingslagens bestämmelser. Tillsyn över lagen utövas av Nämnden för offentlig upphandling (NOU)^[8].

Av 1 kap. 4 § LOU framgår 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.

Frågan om grunderna för vilka anbud som skall antas är central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Lagens bestämmelser bygger på de gemenskapsrättsliga grundsatser, bl.a. principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn (transparens) som bär upp den centrala EG-rätten och kommer till uttryck genom EG-fördraget.^[9] Bestämmelsernas huvudsakliga syfte är att säkra att upphandlingen sker genom en effektiv konkurrens och att leverantörerna och deras ansökningar och anbud behandlas lika, utan ovidkommande hänsyn (likhetsprincipen) samt att anskaffningen sker under öppna och förutsebara former (transparensprincipen)^[10]. Likabehandlingsprincipen är tillämplig på all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena, och innebär i korthet att samtliga tänkbara leverantörer ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud vid offentlig upphandling. Vissa leverantörer eller grupper av leverantörer får inte ensidigt gynnas.

Enligt 6 kap. 12 § eller 1 kap. 22 § LOU skall en upphandlande enhet pröva inkomna anbud i enlighet med de krav som angivits i förfrågningsunderlaget. Innan den upphandlande enheten värderar inkomna anbud skall enheten först pröva om samtliga obligatoriska s.k. skall-krav som föreskrivits enligt förfrågningsunderlaget är uppfyllda. Endast anbud som uppfyller de obligatoriska skall-kraven i en upphandling kan antas. Enheten får således inte efterge eller bortse från något krav som den själv har ställt eller som följer av lag.

Anbud som inte uppfyller för upphandlingen ställda krav kan inte antas, utan skall rätteligen förkastas såsom orena anbud. Principen att orena anbud alltid skall förkastas, även om bristerna skulle hänföra sig till administrativa förhållanden eller vara av formell karaktär, framgår av EG-domstolens dom i det s.k. Stora Bält-målet. I målet, som avsåg danska statens upphandling för uppförande av en broförbindelse över Stora Bält, hade den upphandlande enheten inlett förhandlingar med en anbudsgivare och godtagit dennes anbud trots att anbudsgivaren inte uppfyllt ställda krav och trots att förfrågningsunderlaget inte medgav någon rätt att frånga dessa krav. Förfarandet bedömdes av EG-domstolen som en överträdelse av huvudändamålet med upphandlingsdirektiven, nämligen effektiv konkurrens inom offentlig upphandling. Vidare, menade domstolen, innebar förfarandet brott mot principen om likabehandling av anbudsgivare. ^[11]Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har med hänvisning till Stora Bält-målet flera gånger erinrat om skyldigheten som föreligger för upphandlande enheter att avvisa orena anbud. ^[12]

Vidare har EU-kommissionen i en s.k. grönbok om offentlig upphandling bland annat påpekat att *"Vid utvärderingen av anbuderna får den upphandlande enheten ... inte medge att anbud avviker från förfrågningsunderlagets skall-krav. Enheten skulle i så fall bryta mot direktivet och principen om likabehandling av anbudsgivare."* ^[13]

EU-kommissionen har även, inom ramarna för sin löpande tillsynsverksamhet, riktat kritik mot en varuupphandling som Rikspolisstyrelsen (RPS) genomförde 1994. I denna upphandling hade RPS tilldelat kontraktet till en anbudsgivare som inte uppfyllde uppställda krav enligt förfrågningsunderlaget. Genom en obligatorisk föreskrift i de tekniska bestämmelserna hade RPS föreskrivit en viss teknisk lösning. RPS antog emellertid ett anbud som innehöll en alternativ - och billigare - teknisk lösning som inte uppfyllde föreskrivet skall-krav. Detta menade EU-kommissionen strider mot likabehandlingsprincipen, dels därför att ett godtagande av den alternativa lösningen vid en jämförelse mellan anbuderna medfört en otillbörlig prisfördel för den berörda anbudsgivaren, dels därför att RPS själv frångått ett av sina egna skall-krav.

Kritik riktades även mot att det i underlaget angavs bl.a. att *"samtliga krav i denna anbudsbegäran skall vara uppfyllda. I annat fall riskerar anbudet att förkastas..."*. Denna formulering, menade EU-kommissionen, kunde tolkas som att RPS har förbehållit sig rätten att ta upp till prövning och anta ett anbud som inte uppfyller kraven. ^[14]

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har med hänvisning till bl.a. Stora Bält-domen¹¹ tidigare framhållit att en upphandlande enhet under pågående upphandling inte får lägga till, dra ifrån eller ändra kraven i förfrågningsunderlaget. Anbudsutvärderingen skall genomföras utifrån de krav som framgår av förfrågningsunderlaget och enheten får inte anta ett anbud som inte uppfyller samtliga ställda krav. ^[15]

Yttrande

AB Gavlegårdarna har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad 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.

Den aktuella upphandlingen avseende teknisk mätapparatur jämte installationsarbeten uppgår till ett sådant värde att den normalt skall bedömas i enlighet med bestämmelserna i 6 kap. LOU. Ingår upphandlingen i ett större förfarande kan emellertid öppen upphandling enligt 1 kap. samt 2 eller 5 kap. LOU komma ifråga. AB Gavlegårdarna, som är ett

kommunalt allmännyttigt bostadsbolag, utgör en s.k. upphandlande enhet i enlighet med lagens reglering.

Bolaget har i underlaget för den aktuella upphandlingen angivit att anbudsgivare *kan* uteslutas från deltagande om samtliga skall-krav i förfrågningsunderlagets inte är uppfyllda. Denna formulering kan – i likhet med vad EU-kommissionen tidigare påpekat avseende Rikspolisstyrelsens kritiserade upphandling – tolkas som att AB Gavlegårdarna förbehåller sig rätten att ta upp till prövning och anta ett anbud som inte uppfyller kraven, vilket strider bl.a. mot den för upphandlingsrätten grundläggande likabehandlingsprincipen.

I förfrågningsunderlaget föreskrivs krav på en förlängd s.k. ”*särskild varugaranti*” samt att kostnaden för förekommande garantier och licenser antingen skall ingå i anbudens fasta pris eller redovisas som årliga avgifter angivna i svenska kronor (SEK). Trots detta har till slutlig anbudsprövning upptagits och antagits ett anbud vilket varken har inkluderat kostnaden för den förlängda garantitiden i sitt fasta anbudspris eller som en årlig avgift angiven i svenska kronor. Istället har kostnaden angivits som ett procentuellt påslag utan någon ytterligare redovisning av underlaget för påslagets beräkning.

Principen om likabehandling och förbudet mot att efterge obligatoriska krav gäller oavsett upphandlingsförfarande. Det av AB Gavlegårdarna antagna anbudet strider mot förutsättningarna för anbudsgivningen och skulle enligt angivna principer redan i den inledande anbudsprövningen ha förkastats såsom orent.

Vid den avslutande anbudsvärderingen har anbudens pris varit ensamt utslagsgivande för beslutet om tilldelning. Den relativa prisskillnaden mellan de jämförda anbudena har enligt tilldelningsprotokollet uppgått till 61.000 kronor eller c:a 5,7 procent. Hänsyn har därvid inte tagits till att vinnande Anbud B innefattat pris exklusive påslag för den förlängda garantitiden medan förlorande Anbud A har inkluderat denna i sitt anbudspris. Vid en försiktig bedömning kan påslaget enligt vinnande Anbud B uppskattas till ett värde överstigande prisskillnaden mellan anbudena. Det kan mot denna bakgrund sättas ifråga om tilldelning har skett till det mest fördelaktiga anbudet, i vart fall har tilldelningen inte skett på ett affärsmässigt sätt.

Enligt Konkurrenskommissionen mening har i den aktuella upphandlingen AB Gavlegårdarna på flera punkter åsidosatt grundläggande EG-rättsliga principer och upphandlingslagens krav på affärsmässighet och likabehandling. Konkurrensen mellan anbudsgivarna [\[PCI\]](#) har därmed snedvritits.

^[1] De i underlaget angivna kriterierna ”Pris”, ”Systemlösning”, ”Organisation och resurser” samt ”Projekt och referenser” skall värderas på så sätt att kriteriet ”Pris” inklusive såväl fast pris som priser för tillkommande/avgående arbeten och kostnader för drift av levererat system, skall värderas med 50 procent. Därjämte skall ”Systemlösning” i enlighet med ett antal punktviss uppräknade kriterier, värderas med 35 procent samt kvalitetskriterierna ”Organisation och resurser” respektive ”Projekt och referenser” värderas med vardera 7,5 procent.

^[2] Avseende kriterierna ”Systemlösning”, ”organisation och resurser” samt ”Projekt och referenser” tilldelades anbudena vardera 50 poäng av 50 möjliga.

^[3] Under punkten 6 ”Övrig information” på sid 11 i Anbudsgivare B:s anbud, framgår bl.a. följande: ”Garantitid 2 år från fakturadatum. För förlängd garantitid med 3 år efter den 2 åriga fabriksgarantin, debiteras AB Gavlegårdarna en avgift på 3,5 % av hårdvarukostnaden per år. För den förlängda mjukvaruuppdatering debiteras en avgift om 1 % per år de sista 5 åren”.

^[4] Länsrätten i Gävleborgs län, dom i mål 620-06 beslut meddelad den 7 april 2006. Länsrätten hade tidigare, genom beslut den 20 mars 2006 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats (inhibition). Detta förordnade undanröjdes genom domen.

^[5] Vid tidpunkten för den aktuella upphandlingen (oktober 2005) gällande tröskelvärde enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

^[6] Se 1 kap. 2 och 6 §§ LOU.

^[7] Undantagna är i visst avseende kommunala elhandelsföretag samt företag för kommunal tjänsteexport.

^[8] Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.

^[9] Se EG-domstolens dom den 3 december 2001 i mål C-59/00 (Vestergaard), se även domstolens dom den 13 oktober 2005 i mål C-458/03 (Parking Brixen), av vilka framgår giltigheten av den centrala EG-rättens principer, även utanför upphandlingsdirektiven.

^[10] I den rättsliga doktrinen (Hentze och Sylvéns lagbokkommentar, upplaga 1:2, sid 15f - den blå utgåvan) definieras kravet på transparens och öppenhet på följande sätt: "Med transparens förstås främst skyldigheten för den upphandlande enheten att lämna information om upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt rättigheter för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vilka rättigheter och skyldigheter som föreligger. Vilka åtgärder en upphandlande enhet kommer att vidta under upphandlingsprocessen, skall således vara förutsebara för leverantörerna." Vidare anges i anslutning till frågan om skall-krav bl.a. följande: "Samtliga krav som ställs på det som skall upphandlas skall finnas med i förfrågningsunderlaget." ... "Det är normalt inte tillåtet att under upphandlingens gång tillföra eller dra ifrån krav. När förhandlingar är tillåtna kan sådana förändringar ske som inte anses vara av väsentlig karaktär. Kvalitet, prestanda m.m. som inte efterfrågats i förfrågningsunderlaget får inte värderas vid prövningen och kan inte heller väga upp en brist i anbudet. Om den upphandlande enheten under upphandlingens gång skaffar sig kunskap som ger vid handen att nya krav bör ställas, måste enheten avbryta upphandlingen och göra om den. Det skall framgå av förfrågningsunderlaget vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet skall kunna antas (skall-krav)."

^[11] EG-domstolens dom den 22 juni 1993 i mål nr C-243/89, Europeiska kommissionen / . Konungariket Danmark.

^[12] Nämnden för offentlig upphandling: NOU info mars -96, sid. 6 och NOU info okt. -96, sid. 10 och 17f.

^[13] EG-kommissionen antog i november 1996 en s.k. grönbok om offentlig upphandling. Syftet med grönboken är att behandla två huvudproblem, dels det otillräckliga och ofullständiga införlivandet av upphandlingsdirektiven i medlemsstaterna dels den relativt begränsade ekonomiska effekt som direktiven hittills har medfört. Se grönboken, avsnitt 3.29.

^[14] Se Nämnden för offentlig upphandling, NOU info okt -97, sid 3,

^[15] Se Nämnden för offentlig upphandling Årssammanställning 1993-95, sid. 44.

[PC1] Den omständighet att bolaget numera, efter det att upphandlingen blivit föremål för Konkurrenskommissionens utredning samt överprövning i domstol, har upphävt det felaktiga tilldelningsbeslutet och tilldelat uppdraget till Anbudsgivare A medför inte annan bedömning.