

PM 2 2006-04-03

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

Trosa kommun har vid anbudsprövningen i upphandling av trafiktjänster bortsett från krav i förfrågningsunderlaget om att kopia av gällande trafiktillstånd jämförande fordonsförteckning skulle bifogas anbudet, samt antagit ett anbud som saknat bifogat trafiktillstånd och fordonsförteckning. Beslut om tilldelning har vidare fattats utan att jämförande anbudsvärdering genomförts på sätt som föreskrivits i förfrågningsunderlaget.

Trosa kommun inhämtade genom bl.a. annons i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) den 29 november 2005 skriftliga anbud avseende persontransporter för grundskola, särskola, särgymnasium och kommunal dagverksamhet under perioden den 16 juni 2006 till och med den 30 juni 2009 med möjlighet till ett års förlängning, således till den 30 juni 2010 (3 år och 14 dgr +1 år) – referensnummer 2005-737.

Av förfrågningsunderlaget, punkten 2.1, framgår att upphandlingen skall handläggas som en s.k. öppen upphandling^[1] samt, punkten 2.13, att anbudsprövningen skall komma att genomföras i tre steg. Steg 1 och 2 omfattar en prövning av de formella förutsättningarna för anbudsgivningen och en kvalifikationsbedömning av anbudsgivarna medan steg 3 innefattar en materiell anbudsvärdering där ”Det anbud som är det för beställarna totalt sett mest fördelaktiga med hänsyn till angivna kriterier kommer att antas”. Vid värderingen skall kriterierna ”Ekonomi” beaktas till minst 95 procent och ”Samarbetsfärdighet” till maximalt 5 procents signifikans. Poäng avseende det senare kriteriet, innefattande ”Referenser” och ”Kunskap om beställarens verksamhet”, skall enligt underlaget ges med mellan 0 och 3 poäng. Maximalt 11 poäng kan komma ifråga.^[2]

Under punkterna 3.2, 3.3 och 3.4 i underlaget uppställs obligatoriska s.k. skall-krav avseende anbudsgivarens ekonomiska stabilitet, miljö- och säkerhetskrav samt kompetens och resurskrav, däribland krav på att anbudet skall innefatta en *fordonsförteckning*.^[3] Vidare anges, punkten 2.13.2, att en anbudsgivare i steg 2 *kan* uteslutas från fortsatt deltagande i upphandlingen om han ej uppfyller de krav som ställs under punkterna 3.2, 3.3 och 3.4 i underlaget.

I punkten 2.13.2 föreskrivs att anbudsgivare för att få sitt anbud värderat *skall* ha besvarat förfrågningsunderlag, bilagor samt anbuudsformulär. Av det till underlaget bilagda anbuudsformuläret framgår, under rubriken ”Formulär för kvalificering”^[4], att endast anbudsgivare som uppfyllt kvalifikationskraven i steg 1 och 2 kommer att utvärderas i den materiella anbudsvärderingen i steg 3. Vidare anges att om anbudshandlingarna inte överensstämmer med ställda krav, anbudet kommer att förkastas.

Som kvalificeringskrav Steg 1 anges under punkten 3 i anbuudsformuläret bland annat följande krav: ”*Kopia på gällande trafiktillstånd bifogad anbud*”. Nämda föreskrift har senare kompletterats på följande sätt: ”*Med en medföljande beskrivning av förhållandena mellan anbudsgivande företag och underentreprenör är trafiktillstånd från endast underentreprenör godkänt. Som underentreprenör räknas också företag som skall utföra trafik och som är delägare och/eller har transportörsavtal med anbudsgivande företag*”.^[5]

Slutligen skall, enligt punkten 3.3, kommunen kontrollera att uppställda miljö- och säkerhetskrav enligt en bifogad checklista är uppfyllda. I checklistan anvisas en omfattande detaljreglering och föreskrifter som skall garanteras vara uppfyllda avseende exempelvis de tänkta förarnas kompetens, fordonens utrustning m.m.^[6]

Av punkten 11.1 framgår att Huvudentreprenören har rätt att anlita underentreprenörer för del av trafiken. Om detta avses ske regelmässigt bör detta anges i anbudet. Vidare anges att *”Om underentreprenören inte är känd vid anbudsgivningen bifogas blankett SKV 4820 anmälan till kommunen, som skall godkänna entreprenören. Sådan anmälan skall ske i god tid före det att underentreprenören startar sin trafikering”*.

Vid anbudstidens utgång den 30 januari 2006 noterades två inkomna anbud, här angivna som anbud A och B. Båda anbudsgivarna är paraplyorganisationer för ett antal transportörer och saknar därför egen organisation för att utföra efterfrågade transporter. Dessa skall istället utföras av underentreprenörer. Anbudsgivare A har i sitt anbud redovisat vilken konkret utförare/transportör som skall komma ifråga, samt bilagt kopia av gällande trafiktillstånd för denne. Anbud B saknar såvitt kunna utredas motsvarande redovisning och innefattar heller inte något bilagt trafiktillstånd eller någon fordonsförteckning.

Tilldelning i upphandlingen beslutades den 23 mars 2006. Enligt kommunens protokoll med utvärderingssammanställning och tilldelningsbeslut utföll anbudsvärderingen så att båda anbuden (A och B) erhöll betyget godkänt. Någon poängvärdering i enlighet med anvisningarna i förfrågningsunderlaget redovisas inte och inte heller någon jämförelse där värderingskriteriet ”Samarbetsfärdighet” jämförs med ”Ekonomi”. Tilldelning har därefter skett till Anbudsgivare B med ett totalt anbudspris på 21.639.976 kronor att jämföra med Anbudsgivare A:s anbudspris 22.280.147 kronor^[7]. Den totala prisskillnaden mellan anbuden uppgår till 640.171 kronor eller c:a 2,96 procent.^[8]

Avseende anbud B har kommunen i ett till utvärderingsprotokollet bilagt ifyllt formulär^[9] antecknat (handanteckning) att *”Trafiktillstånd finns ej för [Anbudsgivare B] dock för samtliga transportörer enligt företagspresentation”. Vilka dessa transportörer är framgår dock inte av anbudet. Inte heller finns det såvitt kunnat utredas någon kopia eller några kopior av gällande trafiktillstånd bilagda till anbudet*, vidare antecknas lite senare avseende Anbud B att *”Fordonsförteckning [är] ej bifogad”*.

Upphandlingens kontraktsvärde kan med ledning av inkomna anbud uppskattas till c:a 22 miljoner kronor, inklusive föreskriven förlängningsperiod.

Länsrätten i Södermanlands län har genom beslut den 30 mars 2006 förordnat om interimistiskt verkställighetsförbud i upphandlingen (inhibition).^[10]

Gällande rätt

All offentlig upphandling och vad som äger samband med den, regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Tjänster för landtransport, inkl. säkerhetstransporter, kurir- och taxitransport, utom postbefordran – kategori 15, enligt en bilaga A till lagen – skall om kontraktsvärdet av upphandlingen understiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,845 miljoner kronor^[11] upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap, eller 5 kap. LOU.

Skyldighet att följa lagens bestämmelser åvilar samtliga statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting, vilka enligt lagens terminologi benämns som *”upphandlande enheter”*. Tillsyn över lagen utövas av Nämnden för offentlig upphandling (NOU).^[12]

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.^[13] 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)^[14]. 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 1 kap. 22 § LOU skall en upphandlande enhet anta antingen det anbud som har lägst anbudspris eller som i enlighet med ett antal i förfrågningsunderlaget angivna omständigheter är ekonomiskt mest fördelaktiga.

Innan enheten värderar inkomna anbud skall den 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 något av de krav på t.ex. bevis om anbudsgivarens kapacitet som har uppställts i förfrågningsunderlaget.

Anbud som inte uppfyller för upphandlingen ställda krav – både formella och materiella – 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, innebär förfarandet brott mot principen om likabehandling av anbudsgivare.^[15] 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.^[16]

Vidare har EU-kommissionen i en s.k. grönbok om offentlig upphandling bland annat påpekat att *"Vid utvärderingen av anbudet 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."*^[17]

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 anbudet 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.^[18]

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^[19]

Yttrande

Trosa kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet. Kommunen har inte särskilt yttrat sig till Konkurrenskommissionen. En av kommunen anlita advokat har emellertid ingivit vad kommunen yttrat i pågående mål om överprövning i länsrätt.

Av yttrandet till länsrätten framgår att kommunen i förfrågningsunderlaget angett att underentreprenör får anlitas men att denne inte behöver vara känd vid anbudsgivningen, samt att trafikstillstånd får lämnas för underentreprenören. Sammantaget kan detta inte uppfattas på annat sätt än att trafikstillstånd från underentreprenör inte behöver lämnas vid anbudsgivningen. Detsamma gäller övriga uppgifter om underentreprenören. Kommunen bestrider således att fel har begåtts i upphandlingen.

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 transporttjänster har utlysts på ett sådant sätt, och avser s.k. A-tjänster till ett sådant värde, att de på EG-direktiv grundade bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU skall äga tillämpning. Trosa kommun utgör en s.k. upphandlande enhet i enlighet med lagens reglering.

Kommunen har i underlaget för den aktuella upphandlingen angivit att anbudsgivare *kan* uteslutas från fortsatt deltagande i upphandlingen om han ej uppfyller vissa obligatoriska skall-krav som följer av underlaget. Denna formulering kan – i likhet med vad EU-kommissionen tidigare påpekat avseende Rikspolisstyrelsens kritiserade upphandling – tolkas som att Trosa kommun förbehåller sig rätten att ta upp till prövning och anta ett anbud som inte uppfyller ställda krav, vilket strider mot den för upphandlingsrätten grundläggande likabehandlingsprincipen.

I förfrågningsunderlaget föreskriver kommunen krav på att anbudsgivarna skall styrka sin behörighet att utföra efterfrågade tjänster bl.a. genom att inge en kopia av gällande trafikstillstånd. Trots detta har till slutlig anbudsprövning upptagits och antagits ett anbud som, såvitt kunnat utredas, inte innefattar någon sådan bilaga. Vad kommunen har påstått om att trafikstillstånd från underentreprenör inte behöver lämnas vid anbudsgivningen stöds inte av upphandlingsunderlaget. Kommunen har själv utformat underlaget och infört de aktuella skall kraven avseende bl.a. trafikstillstånd och fordonsförteckning. Kommunen har vidare noga föreskrivit att anbud som inte uppfyller ställda krav inte kommer att antas. Något uttryckligt undantag från skall-kraven anges inte underlaget och om det var kommunens ursprungliga mening att dessa inte skulle tillämpas, skulle de knappast ha införts på sätt som nu skett. Det antagna anbudet borde således, med tillämpning av principerna om likabehandling och förutsebarhet, ha förkastats såsom orent, redan i den inledande anbudsprövningen. Något annat ger underlaget för upphandlingen inte stöd för.

Av underlaget följer vidare att det anbud skall antas som är det för kommunen totalt sett mest fördelaktiga med utgångspunkt i anbudets ”Ekonomi” samt kvalitetskriterierna ”Referenser” och ”Kunskap om beställarens verksamhet”. Anbudsutvärderingen skall ske så att maximalt 5 procents signifikans skall tillmätas kvalitetskriterierna vilka skall poängsättas med maximalt 11 poäng.

I kommunens protokoll med anbudsvärdering finns någon jämförande poängsättning i enlighet med anbudsförutsättningarna inte redovisad. Båda anbuderna tilldelats omdömet G för

godkänt och tilldelning har istället uteslutande skett med utgångspunkt utifrån anbudens pris. Mot bakgrund av att prisskillnaden mellan anbudena (ca 2,96 %) understiger 5 procent kan det inte uteslutas att en jämförande poängvärdering i enlighet med anbudsföresättningsarna hade kunnat medföra ett annat utfall. Beslutet om tilldelning i upphandlingen har därmed inte tillkommit på ett affärsmässigt sätt.

Det kan vidare sättas ifråga med vilken utgångspunkt kommunen har bedömt Anbudsgivare B:s ”referenser” jämte ”Kunskap om beställarens verksamhet” eftersom anbudet saknar uppgift om vilken utförare/transportör som rent faktiskt skall komma ifråga samt mot vilken bakgrund förekommande miljö- och säkerhetskrav m.m. har kommit att bedömas eftersom anbudet saknar bifogad fordonsförteckning.

Sammantaget har, enligt Konkurrenskommissionen mening, den aktuella upphandlingen på flera punkter genomförts med åsidosättande av grundläggande EG-rättsliga principer och upphandlingslagens krav på affärsmässighet och likabehandling. Konkurrensen mellan anbudsgivarna har därmed snedvritits.

[1] Genom beslut den 20 februari 2006 övergick upphandlingen från öppen upphandling till förhandlad upphandling utan föregående annonsering. Till grund härfor åberopas enligt kommunens tilldelningsprotokoll – se fotnot nedan – att det inte inkommit några lämpliga anbud. Enligt vad som anges översteg inkomna anbud med över 20 procent kommunens kostnad föregående år (2005) och bedömdes mot denna bakgrund som allt för dyra (jfr 5 kap. 19 § första stycket, 2 LOU).

[2] ”Samarbetserfarenhet” skall enligt förfrågningsunderlaget värderas enligt följande: kriteriet ”Referenser” skall värderas i en skala 0-2 poäng, där en mycket bra referens ger två (2) poäng, bra referens ger en (1) poäng samt en tveksam eller bristfällig och dålig referens ger noll (0) poäng. Maximalt kan fyra referensuppgifter värderas till ett sammanlagt poängantal av maximalt åtta (8) poäng. Därjämte skall kriterierna ”Kunskap om beställarens verksamhet” värderas på så sätt att mycket god kunskap om verksamheten (exempelvis trafikuppdrag i Trosa kommuns geografiska område, erfarenhet av skolskjutsning, kunskap om speciella trafikmiljöer i kommunen etc) ger tre (3) poäng, god kunskap om verksamheten (exempelvis erfarenhet av skolskjutsning med buss och taxi, kunskap om speciella trafikmiljöer vid sådana uppdrag etc) ger 2 poäng samt viss erfarenhet av liknande verksamheter (ex avtalsreglerade persontransporter) ger 1 poäng. Således skall vid värderingen av Samarbetserfarenhet” maximalt 11 poäng (8+3) kunna komma ifråga.

[3] Av föreskriften framgår bl.a. att anbudsgivare till sitt anbud *skall* bifoga (p 3.2) senast fastställd årsredovisning och (p. 3.3) ifyllt anbudsbilaga 15 inklusive fordonsförteckning 15 B. Dessutom att anbudsgivaren *skall* (p. 3.4) inneha dokumenterade resurser, kompetens och erfarenhet för att utföra uppdraget.

[4] Se anbudsbilaga 14 ”Formulär för kvalificering”.

[5] Se formulär (anbudsbilaga 14, ”Formulär för kvalificering”) bilagt till kommunens protokoll med tilldelningsbeslut och utvärderingssammanställning, ifyllt och signerat ”AG” (sannolikt av kommunens trafikhandläggare).

[6] Se anbudsbilaga 15 inklusive fordonsförteckning 15 B.

[7] Se Trosa kommun, protokoll den 23 mars 2006, rubricerat ”Tilldelningsbeslut och utvärderingssammanställning - Ramavtal Persontransporter - grundskola, särskola, särgymnasium”, dnr. 2005-737, undertecknat av kommunens skolchef respektive kultur- fritids- och teknikchef (två sidor). Anbudsutvärderingen har i protokollet redovisats tabellvis, dels i steg 1 avseende ”Lagenliga krav”, ”Ekonomisk stabilitet” samt ”Miljö- och säkerhetskrav”, dels i steg 3 avseende ”Kompetens. och resurskrav”, ”jämte ”Samarbetserfarenhet”. Båda anbuderna har erhållit betyget G det finns även en notering ”G=godkänt”.

[8] Trosa kommun, protokoll med tilldelningsbeslut och utvärderingssammanställning (se fotnot ovan), av vilket framgår att ”[Anbud B] antas som det ekonomiskt mest fördelaktiga under avtalstiden som helhet med avseende till i förfrågningsunderlaget och i förhandling angivna kriterier”.

[9] Se ifyllt formulär, fotnot 5.

[10] Länsrätten i Södermanlands län, beslut meddelat den 30 mars 2006 i mål 839-06, innebärande att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

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

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

[13] 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.

[14] 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).”

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

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

- ^[17] 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.
- ^[18] Se Nämnden för offentlig upphandling, NOU info okt –97, sid 3,
- ^[19] Se Nämnden för offentlig upphandling NOU-info 1993-95, sid. 44.
-