

## PM 2 2000-04-11 - SLUTLIG BEDÖMNING

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

Hudiksvalls kommun har vid en ramavtalsupphandling för successiva avrop av snöröjningstjänster valt att, utan stöd av förfrågningsunderlaget, anta andra anbud än det i vissa avseenden prismässigt lägsta.

Hudiksvalls kommun har genom Kommunalförbundet Inköp Hälsingland infordrat anbud avseende inhyrning av entreprenadmaskiner för bland annat snöröjning under en period av knappt tre år, från och med den 1 maj 1998 till och med den 15 april 2001. Anbudena har infordrats genom skrivelser. Någon annonsering i Europeiska Gemenskapernas officiella tidning (EGT) har inte skett.

Enligt underlaget för upphandlingen (anbudsinfördran) har upphandlingen handlagts i enlighet med förfarandet för *förenklad upphandling* enligt lagen om offentlig upphandling. Av upphandlingsunderlaget framgår också att alla eller vissa av de efterfrågade tjänsterna får offereras samt att avtal kan komma att tecknas med flera företag. Det sammanlagda värdet av snöröjningsentreprenaderna uppskattas till c:a 5 miljoner kronor per år, eller totalt knappt 15 miljoner kronor under avtalets / avtalens löptid.

Under rubriken "*Anbudsprövning*" i förfrågningsunderlaget anges att "*Det anbud, som är ekonomiskt mest fördelaktigt kommer att antas med hänsyn till följande, ej inbördes rangordnade, omständigheter: pris, inställelsetid, kvalitet, erfarenhet, service, reservkapacitet, miljöpåverkan*". Några andra grunder för bedömningen av anbudsgivare eller anbud, t.ex. *referenstagning*, eller någon beskrivning av vad som närmare avses med de citerade, punktvis angivna, kriterierna har inte angivits i underlaget för upphandlingen. Det har utöver vad som redovisats inte heller preciserats på vilket sätt de uppgivna kriterierna kommer att beaktas vid värderingen av inkomna anbud.

Anbudstiden gick ut den 23 mars 1998. Enligt en förteckning över i upphandlingen inkomna anbud, synes det vid anbudstidens utgång ha inkommit 16 anbud och ett egenregibud, varav samtliga upptagits till slutlig prövning. I fråga om tre för upphandlingen aktuella delentreprenader -avseende snöröjningsuppdragen i Kristineberg, Mo, Sandvalla samt i Iggesund - fördelade sig inkomna anbud enligt följande:

<b>Turprisområde:</b>	<b>Anbud A</b>	<b>Anbud H</b>	<b>Anbud M</b>
Kristineberg: (tillägg)	4.380 kr. (360-390 kr.)	4.300 kr. (360 kr.)	
Mo, Sandvalla: (tillägg)	5.400 kr. (375 kr.)	4.300 kr. (440 kr.)	4.550 kr. (385 kr.)
Iggesund: (tillägg)	5.800 kr. (320-360 kr.)	5.800 kr. (-)	

Beslut i upphandlingen har fattats inom Kommunalförbundet Inköp Hälsingland, på delegation av Hudiksvalls kommun. Av ett protokoll av den 9 april 1998<sup>[1]</sup> framgår att ramavtal tecknats med 14 anbudsgivare, däribland med anbudsgivare A<sup>[2]</sup> (och M - dock ej för de aktuella delentreprenaderna). Anbudsgivare H har emellertid inte kommit ifråga för avtal avseende någon delentreprenad. Till stöd för upphandlingsbeslutet anges följande

<sup>[1]</sup> Kommunalförbundet Inköp Hälsingland, "DELEGATIONSBESLUT" daterat den 1998-04-09 och undertecknat av Lage Ekbäck, inköpschef.

<sup>[2]</sup> Anbudsgivare A har enligt uppgift tidigare utfört aktuella entreprenader åt Hudiksvalls kommun.

motivering: ”Beslutsmotivering: Ekonomiskt mest fördelaktigt”. Några andra skäl till varför avtal tecknat med utsedda leverantörer men inte med H, lämnas inte, varken i beslutsprotokollet eller i något annat känt beslutsunderlag. Under hand har den för upphandlingen ansvarige tjänstemannen uppgivit för Konkurrenskommissionen att en tidigare inte redovisad referenstagning visat att anbudsgivare H i huvudsak har haft dåliga referenser. Någon ekonomisk uppskattning av resultatet av referenstagningen har emellertid inte genomförts. Referenstagningen finns heller inte angiven i beslutsunderlaget.

## Gällande rätt

I detta ärende aktualiseras frågan huruvida Hudiksvalls kommun avseende de redovisade delentreprenaderna i Kristineberg, Mo, Sandvalla samt Iggesund har kunnat anta ett dyrare anbud än det prismässigt lägsta eller om förfarandet inneburit ett åsidosättande av gällande rätt som snedvrider konkurrensen.

Offentliga upphandlingar regleras sedan den 1 januari 1994 genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

Tjänster för snöröjning skall med hänvisning till det inom EG-rätten brukade CPV-systemet vara att anse som s.k. A-tjänster, kategori 16 enligt bilaga A till lagen om offentlig upphandling<sup>3[3]</sup> Upphandlingar av sådana tjänster skall, om värdet av dessa *överstiger* det vid tidpunkten gällande tröskelvärdet 1,728 miljoner kronor<sup>4[4]</sup>, handläggas i enlighet med de av EGs upphandlingsdirektiv styrda bestämmelserna i 1 kap., 5 kap. samt 7 kap. LOU. Något av upphandlingslagens förfaranden för *öppen, selektiv* eller *förhandlad upphandling* skall därvid tillämpas. *Förenklat förfarande* kan däremot inte komma ifråga<sup>5[5]</sup>.

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 motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om icke diskriminering<sup>6[6]</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 vidare vad som anges nedan om EG-Romfördraget).

Enligt 1 kap. 20 a § LOU skall en upphandlande enhet, vid bland annat tjänsteupphandlingar enligt lagens 5 kap., pröva om anbudsgivarna uppfyller de s. k. *kvalifikationskrav* som uppställts för leverantören innan enheten prövar själva anbuden. Bestämmelsen innebär att en bedömning av anbudsgivarnas allmänna kvalifikationer i en upphandling kan genomföras innan den materiella bedömningen av anbuden (värderingsfasen) sker. Bedömning av en anbudsgivares *referenser* har i den upphandlingsrättsliga doktrinen ansetts kunna hänföras till såväl kvalifikationsfasen som värderingsfasen. Om värdering av anbud har skett inom ramarna för den s.k. kvalifikationsfasen skall detta alltid finnas dokumenterat hos den upphandlande enheten, med angivande av de skäl på vilka bedömningen har genomförts (se 1 kap. 11 § LOU). Som framgår nedan kan emellertid inte någon bedömning av kvalifikationskrav som inte angivits i förfrågningsunderlaget komma ifråga.

Frågan om grunderna för vilka anbud som skall antas är mycket central i lagen för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Av lagtext och förarbeten<sup>7[7]</sup> framgår att den upphandlande enheten vid värderingen av anbudsgivare eller anbud inte får beakta andra omständigheter än vad som angivits i annonsen eller förfrågningsunderlaget för upphandlingen.

<sup>3[3]</sup> Tjänster för snöröjning, CPV nr. 9003090; se även 5 kap. 1 § LOU samt punkt 16 bilaga A till lagen.

<sup>4[4]</sup> Gällande tröskelvärde 1999 vid upphandlingar av varor och tjänster, från den 1 januari 1998 enligt förordningen (1998:59) om ändring i förordningen (1996:581) om tröskelvärden enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

<sup>5[5]</sup> Förenklat förfarande kan enbart komma ifråga vid upphandlingar enligt 6 kap. LOU.

<sup>6[6]</sup> Prop 1992/93:88, sid. 59-60 (se även prop. 1996-97:153 s. 61).

<sup>7[7]</sup> Prop 1992/93:88, sid. 51-52 samt 71-72.

Bestämmelser ger därmed uttryck för den inom EG-rätten förekommande s.k. *transparensprincipen*, vilken av den föredragande departementschefen i förarbetena till lagen förtydligas på följande sätt: "Det får ... inte förekomma att ett anbud väljs framför ett annat på grund av en omständighet som anbudsgivarna inte i förväg fått reda på". Det får till grund för ett slutligt urval i en upphandlingsprocess således inte åberopas omständigheter som inte angivits i förfrågningsunderlaget för upphandlingen.

Bestämmelsen innefattar även ett krav på tydlighet i förhållande till anbudsgivarna. Bedömningsgrunder som skall vara avgörande för värderingen av inkomna anbud måste vara tydligt definierade till sin karaktär. Enbart punktvis uppställda kriterier, vars innebörd det ankommer på anbudsgivarna att gissa sig till, kan således inte på ett affärsmässigt sätt läggas till grund för antagande av anbud. Kammarrätten i Sundsvall har i ett avgörande, som får anses vara vägledande, bland annat angivit att ett förfarande, där det *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.<sup>8[8]</sup>

Enligt EG-Romfördraget gäller vidare en allmän princip om likabehandling. Fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen (se prop. 1994/95:19 del 1 sid 478) att "*Den i Romfördraget centrala likabehandlingsprincipen återfinns bl.a. i artikel 6 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Andra uttryckliga likabehandlingsprinciper återfinns i artikel 40 tredje stycket i Romfördraget angående likabehandling mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma jordbrukspolitiken samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har dock slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen*". Den allmänna likabehandlingsprincipen får förstås så att en medlemsstats myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa, t.ex. inhemska, leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

### Yttrande

Kommunalförbundet Inköp Hälsingland har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet allmänt redovisat praktiska problem som enligt kommunens erfarenhet är förenade med offentlig upphandling samt angivit att kommunen i anledning av kommissionens påpekanden vidtagit ett antal åtgärder för att förbättra efterlevnaden av LOU. Kommunalförbundet vill uppfattas som en professionell upphandlare och är därför mån om att erhålla ett gott förtroende bland aktörerna på marknaden.

### Bedömning

Konkurrenskommissionen är en privat 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.

Av utredningen i ärendet framgår att den del av den aktuella upphandlingen som avser tjänster för snöröjning omfattar ett uppskattat värde av knappt 15 miljoner kronor och att Hudiksvalls kommun handlagt upphandlingen i enligt förfarandet för förenklad upphandling enligt lagen om offentlig upphandling. Eftersom snöröjningstjänster utgör s.k. A-tjänster och värdet av upphandlingen i denna del överstiger det vid tidpunkten gällande tröskelvärdet 1,728 miljoner kronor har förenklad upphandling inte kunnat tillämpas på upphandlingen.

<sup>8[8]</sup> Se Kammarrätten i Sundsvall, dom i mål nummer 943-1997 Kammarrättens avgörande har överklagats till Regeringsrätten, som beslutat att inte meddela prövningstillstånd.

Något av upphandlingslagens av EG-direktiv styrda bestämmelser för öppet förfarande, selektivt förfarande eller förhandlat förfarande skulle istället ha använts.

En upphandlande enhet kan vidare anta antingen det anbud som erbjuder den *ekonomiskt mest fördelaktiga lösningen* eller det *lägsta priset*. Om enheten väljer att använda *ekonomiskt mest fördelaktigt anbud* som urvalsmodell för upphandlingen, skall enheten i förfrågningsunderlaget ange samtliga ytterligare omständigheter vilka utöver priset kommer att tillmätas betydelse vid värderingen av inkomna anbud samt på vilket sätt jämförelsen mellan anbud och anbudsgivare kommer att ske. Anbudsgivarna försäkras därmed om att i förväg få sådan information om villkoren för upphandlingen att de kan välja att antingen anpassa sina anbud till dessa kriterier eller att avstå från att lämna anbud.

Kriterier som inte angivits i förfrågningsunderlaget får inte beaktas i bedömningsprocessen, oavsett om kriterierna avser s.k. kvalifikationskrav eller värderingskrav.

Kvalifikations- eller värderings kriterier som endast har angivits punktvis kan enligt praxis inte anses uppfylla lagens krav på affärsmässighet. Kriterierna kan därmed heller inte beaktas vid bedömningen av inkomna anbud.

Enbart priset torde i en sådan upphandling därmed vara den enda kvarstående objektivt mätbara värderingsgrund som således kan beaktas.

I den aktuella upphandlingen har Hudiksvalls kommun valt att i fråga om tre delentreprenader bortse från ett anbud från anbudsgivare H, trots att anbudet var prismässigt billigare än jämförbara konkurrenters. Av tillgänglig dokumentation framgår inte att anbudsgivare H har uteslutits från upphandlingen genom en kvalifikationsbedömning eller på någon annan grund, utan anbudet synes ha upptagits till en slutlig, materiell prövning.

För den materiella värderingen av inkomna anbud har kommunen punktvis angivit att särskild hänsyn skall tillmätas anbudens *pris, inställelsetid, kvalitet, erfarenhet, service, reservkapacitet, miljöpåverkan*. Någon ytterligare beskrivning av vad kommunen avser med dessa punkter har inte lämnats, vare sig i förfrågningsunderlaget eller i något annat känt underlag för upphandlingen. Med hänvisning till vad som redovisats ifråga om den s.k. transparensprincipen inom EG:s upphandlingsrätt samt om svensk rättspraxis i anslutning till denna, kan de i det aktuella förfrågningsunderlaget angivna värderingskriterierna, förutom priset, inte tillmätas något avseende vid värderingen av inkomna anbud.

Kommunalförbundet Inköp Hälsingland har under hand uppgivit att en referenstagning har haft betydelse för beslutet att inte teckna avtal med anbudsgivare H. I underlaget för upphandlingen har emellertid referenser varken angivits som ett kvalifikationskriterium eller som ett värderingskriterium. Den påstådda referenstagningen har heller inte dokumenterats i det redovisade beslutet och någon ekonomisk jämförande värdering av anbuderna mot bakgrund av föreliggande referenser synes inte ha genomförts.

Vad Hudiksvalls kommun i angivet avseende har lagt till grund för sitt beslut om köp av tjänster för snöröjning kan enligt Konkurrenskommissionens mening, vid en sammantagen bedömning inte anses utgöra sådana affärsmässiga skäl som krävs enligt lagen om offentlig upphandling. Förfarandet riskerar att ha medfört att konkurrensen snedvridits.

Eftersom Kommunalförbundet Inköp Hälsingland, som genomfört den aktuella upphandlingen för Hudiksvalls kommuns räkning, numera synes ha uppmärksammat att fel har begåtts i aktuellt hänseende föranleder ärendet utöver vad som nyss anförts inga ytterligare uttalanden av Konkurrenskommissionen.