

## KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 06-020

PM 2 2006-10-04 SLUTLIG BEDÖMNING

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

*Mönsterås kommun har vid tilldelning av kontrakt i en blandad upphandling av varor och tjänster utan sakliga skäl bortsett från vissa anbud samt underlåtit att redovisa en sådan anbudsvärdering som föreskrivits i förfrågningsunderlaget. Kommunen har även antagit ett anbud vars tekniska lösning strider mot uppställda skall-krav. Upphandlingen har inte heller i övrigt handlagts i den ordning som följer av gällande lag och EG-direktiv.*

Mönsterås kommun har i april 2006 infordrat anbud avseende underhåll och / eller förnyelse av kommunens gatubelysningsanläggningar. Av förfrågningsunderlaget, punkten AFB, "UPPHANDLINGSFÖRESKRIFTER" och AFB.11, "Upphandlingsförfarande" framgår att upphandlingen skall handläggas enligt förenklat förfarande i 6 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling "… enligt bestämmelser i lagen som gäller under tröskelvärden". Någon annonsering i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) har inte ägt rum.

Av punkten AFC.1 i förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen är uppdelad i två huvuddelar, A respektive B, där huvuddel A avser kontinuerligt återkommande arbeten med förebyggande underhåll, medan huvuddel B innefattar leverans och utbyte av befintlig utrustning. Av punkterna AFB.311 och AFB 312 framgår att "Anbud kan lämnas på huvuddel A eller B och båda huvuddelarna tillsammans".<sup>[1]</sup>

Av den tekniska beskrivningen i förfrågningsunderlaget framgår vidare som ett obligatoriskt s.k. skall-krav att "Armatyr för väg- och gatubelysning skall uppfylla kraven enligt SS-EN 60598-2-3 med ändringar och tillägg".

Anbudsvärdering skall enligt punkten AFB.52 i underlaget ske med hänsyn till de rangordnade omständigheterna pris, arbetsmiljöarbete och servicevänlighet vid underhållsarbete, livscykel/kvalitet samt exteriört. Vidare framgår under samma punkt att "Om anbud ej är komplett och avfattat enligt förfrågningsunderlagets bestämmelser och förutsättningar, risker[ar] anbudsgivaren att anbudet ej upptages till prövning".

Vid anbudstidens utgång den 1 maj 2006 noterades nio inkomna anbud. Av dessa prövades enbart fyra anbud, vilka samtliga innefattade anbud på de båda huvuddelarna A och B tillsammans. Anbud som avsåg enbart huvuddel A eller enbart huvuddel B upptogs således inte till prövning. Som förklaring till detta uppgavs, enligt uppgift under hand, att kommunen med hänsyn till föreliggande samordningsfördelar ansåg det som mest fördelaktigt att anta samma leverantör för de båda huvuddelarna.<sup>[2]</sup>

Enligt ett meddelande den 24 maj 2006, rubricerat "Tilldelningsbeslut", tilldelades kontraktet i upphandlingen en leverantör, här angiven som Anbudsgivare X, vars kombinerade anbud uppgick till 5.701.203 kronor fördelat på 873.500 kronor i huvuddel A och 4.827.703 kronor i huvuddel B. Någon annan utvärdering än avseende anbudens pris redovisas inte.

Av ett tilläggsmeddelande den 30 maj 2006, rubricerat "Utvärderingsunderlag" framgår att den av Anbudsgivare X offererade och antagna utrustningen inte är godkänd enligt SS-EN 60598-2-3".<sup>[3]</sup>

Såvitt det med ledning av redovisade prisuppgifter kan utredas hade det för upphandlingen sammanlagt lägsta priset uppnåtts genom att anta en kombination av två separata anbud, där anbud Y erbjöd lägsta pris för huvuddel A och anbud Z erbjöd lägsta pris för huvuddel B. Den relativa prisfördyringen för att i stället för dessa anbud anta det kombinerade anbudet X kan

uppskattas till c:a 25 procent eller totalt 1.138.813 kronor, fördelat på 38.780 kronor i huvuddel A och 1.100.033 kronor i huvuddel B.

Mot kommunens tilldelningsbeslut klagade Anbudsgivare Y och Z, genom ansökan om överprövning i länsrätt. I den skriftväxling som därpå följde i länsrätten återopade kommunen att anbud Z, ändå inte skulle ha antagits på grund av påstådda tekniska brister samt av estetiska skäl. Den erbjudna armaturen uppgavs bl.a. ha sämre korrosionsmotstånd samt ett mycket mindre tilltalande utseende, som är sämre anpassad till Mönsterås gatu- och vägmiljöer.

Länsrätten i Kalmar län meddelade dom i målet om överprövning den 30 juni 2006. Några sådana tekniska brister i anbudet från Anbudsgivare Z som påstods av kommunen fann inte länsrätten hade kunnat visas i målet och de av kommunen återopade estetiska skälen ansåg rätten inte kunde tillmätas någon betydelse. I domskälen angav länsrätten bl.a.

följande: *”Länsrätten anser således att [Anbudsgivare Y] borde ha antagits som leverantör i huvuddel A”* samt *”Då [Anbudsgivare Z] .... har lämnat det lägsta anbudet rörande huvuddel B borde kommunen ha valt detta bolag som leverantör i den delen”*. Länsrätten förordnade att upphandlingen inte får avslutas innan kommunen vidtagit rättelse i enlighet med vad som angivits i domskälen.<sup>[4]</sup> Domen har vunnit laga kraft.

Det samlade kontraktsvärdet av upphandlingen kan med ledning av inkomna anbud uppskattas till drygt fem miljoner kronor.

### Gällande rätt

All offentlig upphandling och vad som äger samband med den, regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Blandade upphandlingar avseende varor (armaturer) och tjänster (installationsarbeten och löpande underhåll)<sup>[5]</sup> vars sammanlagda kontraktsvärde överstiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,826 miljoner kronor<sup>[6]</sup> skall handläggas enligt bestämmelserna för varuupphandling enligt 2 kap LOU eller tjänsteupphandling enligt 5 kap. LOU. Enligt den s.k. överviktsprincipen, som finns införd i 5 kap. 3 § LOU, skall handläggningen ske enligt bestämmelserna för den upphandlingsdel som värdemässigt dominerar upphandlingen.<sup>[7]</sup>

Upphandlingen skall normalt handläggas som en öppen upphandling eller som en selektiv upphandling med bl.a. krav på obligatorisk annonsering i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT). Möjlighet saknas däremot att handlägga en sådan upphandling enligt de bestämmelser i 6 kap. LOU som gäller under tröskelvärdet.

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)<sup>[8]</sup>.

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.<sup>[9]</sup> 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 (likabehandlingsprincipen) samt att anskaffningen sker under öppna och förutsebara former (transparensprincipen)<sup>[10]</sup>. 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 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 i exempelvis förfrågningsunderlaget eller som följer av lag.

Anbud som inte uppfyller för upphandlingen ställda obligatoriska krav kan således inte antas, utan skall rätteligen förkastas såsom orena bud. 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 detta 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.<sup>[11]</sup> 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.<sup>[12]</sup>

Vidare har EU-kommissionen i en s.k. grönbok om offentlig upphandling bland annat påpekat att ”Vid utvärderingen av anbuden 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.”<sup>[13]</sup>

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 anbuden 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.<sup>[14]</sup>

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har med hänvisning till bl.a. Stora Bält-domen<sup>11</sup> 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.<sup>[15]</sup>

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*).<sup>[16]</sup> 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-direktivets<sup>17</sup> 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<sup>[PC1]</sup>.

### Yttrande

Mönsterås kommun 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.

Mönsterås kommuns aktuella upphandling avseende underhåll och / eller förnyelse av kommunens gatubelysningsanläggningar avser en blandning av varor och s.k. A-tjänster till ett sådant värde att den skall handläggas och bedömas enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap., 2 kap. eller 5 kap. LOU. Någon möjlighet att handlägga anskaffningen som en förenklad upphandling enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU för upphandlingar under tröskelvärdet föreligger emellertid inte. Upphandlingen har redan av detta skäl handlagts på ett felaktigt sätt, bl.a. genom att annonsering i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) aldrig har kommit till stånd.

Upphandlingen har delats upp i två huvuddelar, A respektive B och enligt förfrågningsunderlaget kan anbud lämnas på huvuddel A eller B och båda huvuddelarna tillsammans. Föreskriften i underlaget kan inte tolkas på annat sätt än att anbud skall vara möjligt att lämna på varje huvuddel för sig, exempelvis endast på huvuddel A eller på huvuddel B. Trots detta har kommunen vid sin slutliga värdering och tilldelning upptagit endast anbud som erbjudit en kombination av A och B. Även detta utgör ett fel i upphandlingen. Några andra, sakligt motiverade skäl för att bortse från de prismässiga lägsta anbuden Y och Z har, som framgår av länsrättens dom, kommunen inte förmått visa.

I förfrågningsunderlaget har kommunen angivit att anbudsgivare vars anbud inte är komplett och avfattat enligt förfrågningsunderlagets bestämmelser och förutsättningar, *risikerar* att få sitt anbud förkastat. Denna formulering kan – i likhet med vad EU-kommissionen tidigare påpekat avseende Rikspolisstyrelsens kritiserade upphandling – tolkas som att Mönsterås kommun förbehåller sig rätten att ta upp till prövning och anta anbud även om de inte uppfyller kraven, vilket strider bl.a. mot den för upphandlingsrätten grundläggande likabehandlingsprincipen.

Anbudsvärdering skall vidare, enligt anbudsförutsättningarna ske med hänsyn till de rangordnade omständigheterna pris, arbetsmiljöarbete och servicevänlighet vid underhållsarbete, livscykel/kvalitet samt exteriört. Någon värdering av dessa omständigheter synes emellertid inte ha genomförts, i vart fall framgår inte detta av kommunens beslut om tilldelning. Dessutom innefattar det antagna anbudet från Anbudsgivare X leverans av en armatur som inte uppfyller för upphandlingen ställda skall-krav avseende SS-EN 60598-2-3. I båda dessa avseenden strider förfarandet mot kraven på likabehandling och transparens vid offentlig upphandling, enligt vilken en upphandlande enhet varken får underlåta att värdera samtliga förekommande s.k. bör-krav eller efterge sådana obligatoriska s.k. skall-krav som uppställts för upphandlingen.

Vad Mönsterås 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 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 den aktuella marknaden snedvrids samtidigt som förtroendet för Mönsterås kommun som upphandlare undergrävs.

- [1] Enligt punkten AFC.4 omfattar kontraktstiden perioden den 1 juli 2006 till och med den 15 december 2009 för huvuddel A samt perioden den 1 juli 2006 till och med den 31 augusti 2007 för huvuddel B
- [2] Uppgifter från samtal den 30 maj 2006 mellan en av leverantörerna och den för upphandlingen ansvarige tjänstemannen. Uppgiften förekommer även i ett yttrande till Länsrätten i Kalmar län, mål 1018-06, aktbilaga 9. "Kommunen ser dock många positiva samordningsfördelar i att antaga samma entreprenör för båda huvuddelarna".
- [3] Mönsterås kommun, tilläggsmeddelande den 30 maj 2006, rubricerat "Utvärderingsunderlag". Där framkommer det att "[Anbudsgivare X] har lämnat lägsta anbud på förnyelse med en armatur av fabrikat Strihl G792. Den armaturen är dock ännu inte godkänd enligt SS-EN 60598-2-3".
- [4] Länsrätten i Kalmar län dom i mål 1018-06, meddelad den 30 juni 2006.
- [5] Vad som i lagens mening skall anses utgöra A-tjänster framgår av bilaga A till LOU. Bilagorna bygger i allt väsentligt på en klassificering av tjänster som numera finns sammanställd i den av EU-rådet och parlamentet antagna s.k. CPV-nomenklaturen (*Common Procurement Vocabulary*). CPV klassificerar c:a 6.000 varor och tjänster. Tanken är att den skall ersätta de olika nationella klassifikationerna vid all handel inom EU. Koderna är 8-ställiga och är strukturerade enligt följande: divisions (två siffror), main groups, (fyra siffror) samt product groups (sex siffror). Tjänsten "installation av elektrisk utrustning", med CPV-nummer: 50911000, utgör en s.k. A-tjänst enligt kategori 1 i bilaga A till LOU. På samma sätt utgör "Underhåll av gatubelysning" CPV 50232100 även en s.k. A-tjänst enligt kategori 1 i bilaga A till LOU.- se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EEG/2195/2002) av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003.
- [6] Se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Gällande tröskelvärde från och med den 1 januari 2006.
- [7]
- [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 ./ 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.
- [16] Prop. 1992/93:88, sid. 103.
- [17] 89/665/EEG art. 1(c) samt 92/13/EEG art. 2(d).

### [PC1] Yttrande

Mönsterås 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.