

PM 2 2011-12-14 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom värderingskriterier som strider mot bestämmelserna om offentlig upphandling.

Ragunda kommun har i samband med en offentlig upphandling av entreprenadarbeten för renovering balkonger förbehållit sig ”fri anbudsprövning”. Upphandlingsförutsättningarna hänvisar vidare till bestämmelser som inte längre finns, utan upphört att gälla 2007.

Ragunda kommun¹ har genom förfrågningsunderlag, daterat den 8 juli 2011, givit till kända avsikt² att upphandla entreprenadarbeten för renovering balkonger.

Av den aktuella upphandlingens administrativa föreskrifter, AFA.21, framgår att upphandlingen avser arbeten för renovering av balkonger på kommunala bostadshus, dels på fastigheterna Ragunda Hammaren 1:275 och 1:276 med adress Skalgänd 6 och 7 i Hammarstrand, dels på fastigheten Ragunda Ragundabotten 1:279, med adress Centralgatan 27 i Hammarstrand.

Enligt punkten AFB.11, ska upphandlingen handläggas enligt ”LOU, samt Förenklad upphandling”.

Enligt punkten AFB.51 ska ”• Finansiell och ekonomisk styrka, • Teknisk kompetens, • Erfarenhet av liknande åtagande, • Registrering för redovisning och betalning av mervärdesskatt m m, F-skattebevis, [samt] • Ifylld Blankett RSV 4820, som bilägges anbudet”, beaktas vid prövningen av anbudsgivare medan enligt punkten AFB.52 ”Anbudssumma. Grundkraven LOU 1 kapitlet 17 § och 6 kap. 9 §” ska beaktas som värderingsgrunder vid anbudsprövningen.

Vidare förbehåller sig kommunen enligt punkten AFB.52 bland annat fri prövningsrätt vid antagande av anbud samt rätt att eventuellt förkasta samtliga anbud.³

Kontraktsvärdet av de aktuella balkongreparationsarbetena är inte känt men torde knappast överstiga tröskelvärdet för byggtreprenadarbeten, vilket för närvarande uppgår till c:a 48 miljoner kronor.⁷

Gällande rätt

Offentlig upphandling som har påbörjas efter den 31 december 2007⁴ regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Bestämmelserna innefattar bl.a. en implementering av Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).⁵

Bestämmelserna i LOU är, såvitt något undantag inte anger motsatsen, tillämpliga på ”kontrakt med ekonomiska villkor” av bland annat byggtreprenadarbeten, som ingås mellan s.k. upphandlande myndigheter och från dessa fristående fysiska eller juridiska personer.

¹ Upphandlingen handläggs av Ragunda kommun

² Upphandlingen har annonserats på kommunens anslagstavla, med inte i någon annan allmänt tillgänglig databas.

³ Av föreskriften i AFB.52, rubricerad ”Värderingsgrunder vid anbudsprövning” framgår följande: ”Beställaren förbehåller sig fri prövningsrätt av inkomna anbud, rätt att dela entreprenaden, förhandla med entreprenören, samt rätt att eventuellt förkasta samliga anbud. Anbudsgivares redovisning av i förfrågningsunderlaget efterfrågade uppgifter värderas. Följande omständigheter tillmåter beställaren särskild betydelse vid prövningen. Anbudssumma. Grundkraven LOU 1 kapitlet 17 § och 6 kap. 9§. Det anbud, som med beaktande av samtliga förutsättningar är mest fördelaktigt, kommer att antas. Ersättning för anbudsräkning utgår ej”.

⁴ Se övergångsbestämmelserna i lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

⁵ För närvarande regleras offentlig upphandling av bl.a. varor genom Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet) vilket trädde i kraft med för medlemsstaterna bindande s.k. direkt effekt per den 1 februari 2006. I Sverige har direktivet numera införlivats genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Motsvarande äldre gemenskapsrättslig reglering, vilken har legat till grund för den tidigare lagen (1992:1528) om offentligt upphandling, återfanns i bl.a. Europeiska rådets direktiv 93/36/EG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor (tjänsteupphandlingsdirektivet).

Skyldighet att följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling omfattar bland annat kommunala myndigheter och fullmäktigeförsamlingar. Den som är skyldig att iaktta lagens bestämmelser kallas ”*upphandlande myndighet*”.⁶

Balkongarbeten (CPV 45262900-0)⁷ utgör sådana bygg- och entreprenadarbeten som under förutsättning att det samlade s.k. kontraktsvärdet av aktuella avrop och beställningar understiger gällande tröskelvärde får upphandlas med iakttagande av de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU. För närvarande uppgår tröskelvärdet för kommunala och landstingskommunala upphandlande myndigheter i fråga om entreprenadarbeten till 48,193 miljoner kronor.⁸

Frågan om grunderna för vilka anbud som ska antas är central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Syftet med det upphandlingsrättsliga regelverket är bland annat att säkerställa den lagliga efterlevnaden av EU-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna.⁹ Det har därför införts i 1 kap. 9 § LOU ett antal unionsrättsliga principer som, oavsett upphandlingsförfarande, ska iakttas vid offentlig upphandling. Dessa är principerna om *likabehandling och ickediskriminering, öppenhet (transparens), proportionalitet samt ömsesidigt erkännande*.

Central betydelse i upphandlingsrätten har även frågan om hur själva prövningen av anbudsgivare och anbud ska gå till. För upphandlande myndigheters prövning av inkomna anbud skiljer LOU mellan kvalitativa urvalskriterier enligt 10 och 11 kap, här angivna som *kvalifikationskriterier*, och kriterier för tilldelning enligt 12 kap. LOU, här angivna som *tilldelningskriterier*.

Vid kvalifikationsbedömning enligt 10 och 11 kap. LOU är det den anbudsgivande leverantören som sådan och dess förmåga att fullgöra det aktuella kontraktet som ska prövas. Förekommande prövningskriterier kan bestå i att anbudsgivaren inte är i konkurs eller på obestånd, eller inte har gjort sig skyldig till brott eller allvarligt fel i yrkesutövningen, samt att anbudsgivaren gjort rätt för sig med avseende på allmänna skatter och avgifter. Rättslig reglering till ledning för de upphandlande myndigheternas kvalifikationsbedömningar återfanns tidigare i 1 kap. 17 § och 6 kap. 9 § i den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – ÄLOU. Denna lag har emellertid numera, sedan utgången av 2007 upphört att gälla och istället ersatts av (2007 års) LOU.¹⁰ Motsvarande reglering återfinns numera i 10 kap. 2 § LOU.¹¹

Det är vidare enligt EU-domstolens fasta praxis inte möjligt att blanda samman *kvalifikationskriterier* med *tilldelningskriterier*, såsom anbudens priser.¹²

⁶ Genom införande av 2007 års upphandlingslagar har inom den klassiska sektorn beteckningen *upphandlande enheter* mönstrats ut och ersatts med *upphandlande myndigheter*. Med upphandlande myndighet avses inte enbart myndigheter utan även offentligt styrda organ, såsom kommunala bolag, som tillgodoser behov i det allmänna intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. (se 2 kap. 12 och 19 §§ LOU). Beteckningen *upphandlande enhet* förekommer numera enbart på organ som är verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna.

⁷ CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln såväl inom som mellan medlemsstaterna. – Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003 (numera ändrad genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV, vilken trädde i kraft den 13 september 2008).

⁸ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Tillkännagivande ska ske angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av byggtrenadarbeten inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet), till 4.845.000 euro eller 48.193.215 svenska kronor – se vidare Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

⁹ De grundläggande principer som åsyftas finns inskrivna i 1 kap. 9 § LOU och följer av tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG (numera avdelning IV Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF).

¹⁰ I den nu gällande lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU – omfattar första kapitlet enbart 12 paragrafer. Någon 1 kap. 17 §, som Ragunda kommun hänvisat till som ett tilldelningskriterium i den aktuella upphandlingen, återfinns således inte i LOU. Av 6 kap. 9 § samma lag framgår en reglering av vilka tekniska standards i fråga om prestanda och funktionskrav som kan ställas av en upphandlande enhet.

¹¹ För upphandling enligt 15 kap. LOU finns en hänvisning i 15 kap. 13 § andra stycket till regleringen i 10 kap. 2 § LOU.

¹² EU-domstolens dom av den 24 januari 2008 i mål C-532/06, *Lianakis m.fl.*, REG 2008, s. s. I-251, pp. 24-32. Domstolen konstaterade bland annat att även om kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt, står det klart att det är fråga

Frågan om ”fri prövningsrätt” i samband med offentlig upphandling har varit föremål för vägledande rättspraxis i NJA 1998 s. 873, där Högsta domstolen särskilt uttalade följande:

”Förbehållet om fri prövningsrätt, som måste anses strida mot LOU:s krav på affärsmässighet och objektivitet, ger inte en anbudsgivare någon ledning vid bedömning av vilka omständigheter eller kriterier kommunen avsett att tillmäta betydelse vid anbudsprövningen”.¹³

Det kan således inte anses förenligt med de grundläggande principerna vid offentlig upphandling för en upphandlande myndighet att förbehålla sig fri prövningsrätt vid antagande av anbud.

Även frågan om rätt att godtyckligt förkasta anbud har avgjorts i vägledande rättspraxis. Av EU-domstolens dom i målet C-92/00 (*HI*) framgår bland annat att de upphandlande myndigheterna är skyldiga att följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet även när de beslutar att avbryta en redan utlyst upphandling.¹⁴ I ett senare avgörande i nationell rättspraxis, RÅ 2009 ref. 43 (Taxi Finspång), hänvisar (dåvarande) Regeringsrätten till EU-domstolens dom i HI-målet och uttalar bl.a. följande:

”En upphandlande [myndighet] har skyldighet att upphandla när den avser att anskaffa en vara, en tjänst eller en byggtreprenad. Först då måste den upphandlande enheten öppna sig mot marknaden och söka upp den konkurrens som finns. Enheten har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas. Möjligheten att avbryta en upphandling är emellertid begränsad. Av [vägledande] praxis framgår att beslut om avbrytande måste vila på sakligt godtagbara skäl och att det inte får vara godtyckligt. Ett sådant beslut måste vidare följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet.”

Det är således inte tillåtet för en upphandlande myndighet att avbryta ett redan påbörjat offentligt upphandlingsförfarande utan saklig grund. Detta förbud gäller även för det fall att den upphandlande myndigheten förbehållit sig sådan rätt enligt förfrågningsunderlaget.

Yttrande

Ragunda 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.

Ragunda kommun är en sådan upphandlande myndighet som är skyldig att iaktta regelverket i LOU.

Av utredningen i ärendet framgår att Ragunda kommun har utfärdat ett förfrågningsunderlag avseende byggtreprenadarbeten. Upphandlingen har utlysts som ett förenklat förfarande och torde mot bakgrund av att kontraktsvärdet knappast kan antas överstiga gällande tröskelvärde för byggtreprenadarbeten därmed vara att bedöma enligt det nationella regelverket i 15 kap. LOU.

Av det förfrågningsunderlag som upprättats av kommunen framgår att anbudsprövningen kommer att genomföras i två steg, dels med en prövning av anbudsgivarnas kvalifikationer enligt AFB.51, dels genom tilldelningsvärdering enligt AFB.52.

om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser (p. 26) varvid *kvalifikationskontrollen* av anbudsgivarnas lämplighet ska utgå från uppställda kriterier avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet (p. 27) medan *tilldelningsvärderingen* av kontraktet däremot ska genomföras mot bakgrund av t lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (p. 28), se även EU-domstolens dom av den 12 november 2009 i mål C-199/07, *ERGA*, REG s. I-0000.

¹³ Den i målet aktuella upphandlaren, Sala kommun, hade inskrivit bl.a. följande förbehåll i de administrativa föreskrifterna ”Beställaren förbehåller sig fri prövningsrätt av samtliga ingivna anbud och rätt att förkasta samtliga anbud”.

¹⁴ Se EU-domstolens dom av den 18 juni 2002 i mål C-92/00, *HI*, REG 2002, s. I-5553, pp. 43-49, särskilt p. 47; se även domstolens dom av den 2 juni 2005 i mål C-15/04, *Koppensteiner*, REG 2005 s. I-4855 samt RÅ 2005 ref. 62 (Sälentjärnen taxi) och RÅ

Vid denna senare värdering enligt AFB.52 ska utöver anbudens priser ("Anbudssumma") även prövas om anbudet uppfyller "Grundkraven LOU 1 kapitlet 17 § och 6 kap. 9 §". Någon sådan relevant reglering som förfrågningsunderlaget hänvisar till återfinns inte i nuvarande LOU. Sannolikt är det bestämmelserna om prövning av anbudsgivares kapacitet i den numera upphävda äldre lagen som åsyftas. I sådant fall strider det mot lagens utformning att på nytt genomföra en värdering av anbudsgivarnas kvalifikationer och i tilldelningsfasen väga dessa mot anbudens priser.

Av anbudsförutsättningarna framgår vidare att kommunen förbehåller sig fri prövningsrätt samt rätt att eventuellt förkasta samtliga anbud.

Någon möjlighet till fri prövningsrätt förekommer inte i samband med offentlig upphandling. Ett sådant förbehåll ger, som Högsta domstolen tidigare konstaterat, inte en anbudsgivare någon ledning vid bedömning av vilka omständigheter eller kriterier kommunen avsett att tillmäta betydelse vid anbudsprövningen, och strider därmed mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens (öppenhet) i 1 kap. 9 § LOU.

Det är inte heller tillåtet för en upphandlande myndighet att förbehålla sig rätten att fritt förkasta samtliga anbud inom ramarna för ett redan påbörjat upphandlingsförfarande. Som framgår av vägledande rättspraxis måste beslut om att avbryta en upphandling vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt. Ett sådant beslut måste vidare följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet.

Sammantaget har Ragunda kommun genom det aktuella upphandlingsunderlaget visat grundläggande brister i fråga om kunskap och respekt för den reglering som kringgärdar offentlig upphandling. Kommunen synes inte ens ha haft klart för sig vilken lag som numera gäller, trots att lagen har varit i kraft sedan utgången av 2007. Kommunen förtjänar därför kritik.