

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO

02-057

PM 2 2002-12-11 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Sala kommun har till grund för beslut om upphandling av tjänster för företagshälsovård anfört en beräkning av prispoäng som inte i förväg klargjorts i förfrågningsunderlaget för upphandlingen.

Sala kommun har genom bl.a. annons i Anbudsjournalen infordrat anbud på tjänster för företagshälsovård för kommunens samtliga c:a 2.000 anställda, under perioden september 2002 till och med den 31 december 2003.

Enligt förfrågningsunderlaget för upphandlingen skall denna handläggas enligt förfarandet för s.k. förenklad upphandling enligt lagen om offentlig upphandling.

Av bilaga 1 i underlaget ”*Administrativa bestämmelser anbudsgivning/utvärdering*” framgår under punkten 1.7. underrubriken ”*Värderingskriterier*” (sid. 2 och 3) fem omständigheter som skall tillmätas betydelse vid anbudsvärderingen. Dessa är rangordnade enligt följande: * referenser (10%), * särskilt rehabiliteringsprojekt (15%), * tidsrelaterad service (15%), * programbredd (10%) samt * pris (50%).

Vid anbudstidens utgång den 8 augusti 2002 inkom enligt tillgängliga protokoll¹[1] tre anbud, varav ett anbud förkastades såsom orent. Återstående två anbud (Anbud A och Anbud B) kom att upptas och jämföras i upphandlingen.

Av tillgängligt beslutsprotokoll, bilaga 2 ”*Kvalitetsutvärdering, värdering*”, framgår följande fördelning efter poängvärdering, där de olika kvalitetspoängen kommit att sammanföras till en gemensam poängsats (angivna poäng efter 50 procents viktning):

1[1] Sala kommun, Kommunledningsförvaltningen, protokoll den 20 augusti 2002, rubricerat som ”Beslutsprotokoll” jämte bilagor, varav bilaga 1 avser ”sammanställning, prisberäkning” och bilaga 2 avser ”Kvalitetsutvärdering, värdering. Protokollet är undertecknat av kommunens inköpschef respektive personalchef.

Anbud	Anbudspris	Prisskillnad	Kvalitet	Skillnad	Pris	Skillnad	Totalpoäng
Anbud A	2.178.667 kr.	264.133 kr.	3,40p	-0,73p	5,0p	+1,2p	8,40p
Anbud B	2.442.800 kr.	264.133 kr.	4,13p	+0,73p	3,8p	-1,2p	7,93p

Vid poängsättningen har således Anbud B jämfört med Anbud A bedömts ha motsvarande 21,5 procent högre kvalitet. Anbud A har å andra sidan bedömts ha ett 24 procent bättre pris än Anbud B.

Av värderingsprotokollet framgår att *"Högsta värderingstal är det förmånligaste anbudet när både pris och kvalitet värderats"*. Anbud A bedömdes således som det ekonomiskt mest förmånliga anbudsgivare och tilldelades uppdraget genom tilldelningsbeslut den 20 augusti 2002.

Till grund för kommunens prisvärdering av anbuderna ligger som framgår av tabellen ovan ett uppskattat sammanlagt anbudspris på 2.178.667 kronor för Anbud A och 2.442.800 kronor för Anbud B. Den uppskattade prismässiga skillnaden mellan anbuderna är således 264.133 kronor eller 12,1 procent. Skillnaden mellan åsatta prispoäng är som framgår ovan emellertid 24 procent. Anbudsgivare A har således tillgodogjorts en proportionellt större andel prispoäng än vad som motiveras av den procentuella prisskillnaden mellan buden. Hur kommunen kunnat komma fram till denna värdering framgår varken av underlaget för upphandlingen eller upphandlingsbeslutet med värdering av anbuderna. Någon metod för särskild validering av priset anges till exempel inte i underlaget för upphandlingen.

Konkurrenskommissionen har i samband med en tidigare, år 1998 genomförd upphandling av de aktuella tjänsterna riktat kritik mot kommunens handläggning KKO (98-057). Även vid denna upphandling lämnades uppdraget till Anbudsgivare A2[2]. För närvarande prövas lagligheten av detta förfarande i en process om skadestånd vid allmän domstol.

Upphandlingen har varit föremål för talan om överprövning hos Länsrätten i Västmanlands län, vars beslut senare även fastställdes av Kammarrätten i Stockholm[3]. Av länsrättens beslut den 17 september 2002[4], framgår att rätten, som senare avsett att avgöra målet slutligt, lämnat yrkandet om inhibition utan bifall. Någon sådan ytterligare prövning har emellertid aldrig kommit till stånd eftersom Sala kommun sedermera avslutat upphandlingen genom kontrakts tecknande och målet om överprövning till följd härav avskrivits.

2[2] I Konkurrenskommissionens tidigare promemoria med utredning om Sala kommuns upphandling av företagshälsövård från år 1998 (KKO98-057) anges Anbudsgivare A som Anbudsgivare 4, medan Anbudsgivare B anges som Anbudsgivare 5.

3[3] Kammarrätten i Stockholm, beslut den 23 september 2002 i mål nr. 6026-2002.

4[4] Länsrätten i Västmanlands län, beslut den 17 september 2002 i mål nr. 1667-02.

Gällande rätt

All offentlig upphandling regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Tjänster för hälso- och sjukvård samt socialtjänst (kategori 25) utgör sådana s.k. B-tjänster enligt lagen, som oavsett värdet av upphandlingen skall handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§, 6 kap. samt 7 kap. LOU. Som huvudregel skall förfarandet för s.k. förenklad upphandling eller urvalsupphandling därvid tillämpas.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som lagens huvudregel 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. I förarbetena⁵ till lagen motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om icke diskriminering (jfr. art. 7 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.

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 nedan om transparensprincipen samt likabehandlingsprincipen enligt EG-Romfördraget).

Vid förfarandet för förenklad upphandling skall den upphandlande enheten enligt 6 kap. 3 § LOU upprätta ett förfrågningsunderlag av vilken framgår vilka omständigheter som skall tillmätas betydelse vid värdering av inkomna anbud. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

Enligt 6 kap. 12 § LOU skall den upphandlande enheten därefter anta antingen det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt eller det anbud som har lägst anbudspris. Vid bedömningen av vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt, skall enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m., om dessa har redovisats i förfrågningsunderlaget. Förekommande värdering skall i sådant fall ske i enlighet med de grundförutsättningar och på det sätt som angivits i förfrågningsunderlaget. Någon bedömning på andra grunder än som i förväg redovisats i förfrågningsunderlaget får inte förekomma vid anbudsvärderingen.

Frågan om grunderna för vilka anbud som skall antas är mycket central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Av såväl lagtext som aktuella förarbeten⁶ till

5[5] Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.

6[6] Prop 1992/93:88, sid. 51-52 samt 71-72 - jfr. ursprungligt textförslag till 6 kap. 10 § i prop. 1993/94:78 sid. 34.

bestämmelsen i 6 kap. 12 § LOU framgår att den upphandlande enheten, i enlighet med den s.k. transparensprincipen, inte får genomföra värderingen av anbuden enligt andra förutsättningar än som tydligt framgår av annonsen eller förfrågningsunderlaget för upphandlingen. Omständigheter som är oklara till sin innebörd eller tolkning eller som bygger på en godtycklig tillämpning kan således inte på ett affärsmässigt sätt läggas till grund för värderingen av anbuden. Lagstiftaren uttalar därvid att "Det får [...] inte förekomma att ett anbud väljs framför ett annat på grund av en omständighet som anbudsgivarna inte i förväg fått reda på".7[7]

Skall en eller flera omständigheter som uppställts som krav i förfrågningsunderlaget bli föremål för en inbördes omräkning, viktning eller motsvarande validering måste denna process framgå av underlaget på ett sådant sätt att intresserade leverantörer före anbudsgivningen dels skall kunna förutse vilka villkor som gäller, dels skyddas mot att förutsättningar tillkommer eller anpassas i efterhand, t.ex. med avseende på vilka anbud som kommit in.

Transparensprincipen medför således en skyldighet för den upphandlande enheten att lämna information om det praktiska tillvägagångssättet vid anbudsprövningen samt en motsvarande rättighet för leverantörer att innan anbudsgivningen få klarhet om principerna för hur deras anbud skall komma att behandlas. Vilka åtgärder en upphandlande enhet kommer att vidtaga under upphandlingsprocessen skall således kunna förutses av leverantörerna.8[8]

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 onödiga 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*)9[9]. 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

7[7] Nämnden för offentlig upphandling (NOU), som utövar tillsyn över lagen om offentlig upphandling, har i sina kommentarer till lagen bl.a. uttalat (se NOU-info, oktober 1996 sid. 8) att "Enligt LOU måste enheten i förfrågningsunderlaget (eller annonsen) ange samtliga kriterier som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Den upphandlande enheten får inte lägga till eller dra ifrån några kriterier under upphandlingens gång" (KKO:s kursivering). Kammarrätten i Sundsvall (mål nummer 943-1997) har vidare klarlagt att omständigheter som är oklara till sin innebörd eller tolkning eller som bygger på en godtycklig tillämpning inte på ett affärsmässigt sätt läggas till grund för värderingen av anbuden. Kammarrätten angav bland annat att ett förfarande, där det överlämnas 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 bl.a. affärsmässighet. Kammarrättens dom har vunnit laga kraft och får anses ha viss prejudicerande betydelse för framtida rättstillämpning.

8[8] Se vidare Hentze-Sylvén, lagbokskommentaren Offentlig upphandling, Norstedts, 1998, den gula utgåvan, sidorna 18, 58, 106, 531.

9[9] Prop. 1992/93:88, sid. 103

syftet med det bakomliggande EG-direktivets 10[10] 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.

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

Sala kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet. Som svar till Konkurrenskommissionen har kommunen översänt kopior av skriftväxling i det mål i länsrätten som sedermera kommit att avskrivas efter det att kommunen meddelat att det tecknat slutligt kontrakt i upphandlingen. Av kommunens yttrande till länsrätten framgår ett "*på förhand upprättat värderingsverktyg*" som använts som modell för bl.a. prisvärdering i upphandlingen. Vid tillämpning denna värderingsmodell följer det utfall som redovisats för upphandlingen.

-

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.

Den aktuella upphandlingen av tjänster för företagshälsovård har påbörjats på ett sådant sätt att upphandlingslagens förfarande för *förenklad upphandling* är tillämpligt.

Skall det *ekonomiskt mest fördelaktiga* anbudet antas i en upphandling är det möjligt att anta ett dyrare anbud än det prismässigt lägsta. Detta förutsätter emellertid att det av

förfrågningsunderlaget klart och tydligt framgår vilka omständigheter som skall beaktas vid anbudsvärderingen och på vilket sätt jämförelsen mellan dessa omständigheter skall komma att ske, samt att anbudsvärderingen även genomförs i enlighet med dessa villkor. Det får till exempel inte förekomma omständigheter som är så oklara till sin innebörd att de lämnar ett icke oväsentligt utrymme för godtycke vid anbudsvärderingen. Den upphandlande enheten får heller inte i efterhand införa modeller för tolkningen och beräkningen av de för upphandlingen uppställda kriterierna, som inte i förväg redovisats för anbudsgivarna. Anbudsgivande leverantörer försäkras därmed om att i förväg få sådan information om villkoren för upphandlingen att de kan välja att antingen anpassa sina anbud till dessa eller att helt avstå från att lämna några bud.

I den aktuella upphandlingen har Sala kommun upptagit två anbud till materiell anbudsprövning, Anbudet A och Anbudet B. Vid anbudsutvärderingen har Anbud B visats erbjuda en kvalitetsmässigt bättre lösning än det konkurrerande (och sedermera antagna) Anbud A. Skillnaden i kvalitet mellan anbuden har av kommunen uppskattats till 21,5 procent (0,73 poäng¹¹[11]). Mot detta har ställts Anbudet B:s högre pris, vilket överstiger Anbudet A med 12,1 procent. Denna prisskillnad har emellertid resulterat i en poängskillnad på 24 procent (1,2 poäng⁷). Det billigare Anbudet A har till följd härav kommit att kompenseras för sin jämförelsevis lägre kvalitet och således vunnit upphandlingen.

I underlaget för upphandlingen har något annat system för värderingen av inkomna anbud inte angivits än att anbudens kvalitet (i enlighet med ett antal kvalitetsfaktorer) skall jämföras med priset så att pris och kvalitet sinsemellan viktas med lika delar. På vilken grund den drygt 12-procentiga prisskillnaden kunnat resultera i en 24 procent högre prispoängsumma redovisas varken i förfrågningsunderlaget eller värderingsprotokollet för upphandlingen. Det på förhand upprättade ”värderingsverktyg” som kommunen sedermera har åberopat till stöd för sin poängvärdering framgår således inte av upphandlingsförutsättningarna.

Som grund för beslutet att anta Anbudet A har Sala kommun således lagt förhållanden som inte har redovisats eller på annat sätt klargjorts i förfrågningsunderlaget. Genom detta förfarande har de krav på opartiskhet och likabehandling som uppställs i lagen om offentlig upphandling åsidosatts.

Detta har enligt Konkurrenskommissionens mening medfört att konkurrensen på den lokala marknaden för företagshälsovård har snedvridits samtidigt som förtroendet för kommunen som upphandlare ytterligare har undergrävt.

11[11]

Poängsumma efter viktning.

PM 2 1998-12-15

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

Sala kommun har vid upphandling av företagshälsovård beslutat att anta ett annat anbud än det i upphandlingen prismässigt lägsta. Till grund för beslutet har anförts omständigheter som inte i förväg klargjorts i förfrågningsunderlaget för upphandlingen.

Sala kommun har genom skriftlig inbjudan till ett antal leverantörer infordrat anbud avseende företagshälsovård för kommunens egna behov.

Av förfrågningsunderlaget för upphandlingen, under rubriken ”*Omfattning*” framgår att denna avser tjänster för företagshälsovård för c:a 2.000 personer under åren 1999-2000. Under rubriken ”*Prövning av anbud*” framgår vidare att det totalekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall komma att antas, i beaktande av följande omständigheter: ”* *tidigare arbete med företagshälsovård* * *miljö och kvalitet* * *referenser* * *program-innehåll, programbredd* * *tidsrelaterad service*, * *pris [nytt stycke]* Angivna beslutskriterier är utan inbördes rangordning”. Några andra utvärderingskriterier anges inte i förfrågningsunderlaget. Någon förklaring till de punktvist angivna grunderna anges heller inte, varken i förfrågningsunderlaget eller i något annat, för samtliga anbudsgivare tillgängligt, underlag för upphandlingen.

Anbudstiden gick ut den 7 september 1998. Enligt ett beslutsprotokoll¹²[12] redovisades att tre stycken anbud inkommit och upptagits till slutlig bedömning i upphandlingen. Av dessa har ett anbud, betecknat som nummer 3, uteslutits från vidare jämförelse eftersom det erbjudit ett för hög pris. Av de återstående anbuden fördelar sig enligt följande:

BERÄKNINGSKALKYL		anbud nr. 4	anbud nr. 5
Kostnad med grundservice alt. 1 anst.	1.800	495.000 kronor	360.000 kronor
Kostnad med grundservice alt. 2 anst.	1.800	675.000 kronor	522.000 kronor
Kostnad läkare, timmar	100	87.500 kronor	99.000 kronor
Kostnad sköterska, timmar	400	230.000 kronor	236.000 kronor

¹²[12]
kommun.

Protokoll i upphandlingen fört den 6 oktober 1998 av Jan Olsson, Lars-Gunnar Stranding samt Christina Ljung, Sala kommun.

Kostnad psykolog / bet.vet, timmar	200	140.000 kronor	155.000 kronor
Kostnad skyddsingenjör	400	230.000 kronor	236.000 kronor
Kostnad företagsgymn	200	115.000 kronor	118.000 kronor
Summa totalt alternativ 1 grundservice		1.279.500 kronor	1.204.000 kronor
Summa totalt alternativ 2 grundservice		1.477.500 kronor	1.366.000 kronor

Av det protokollförda beslutet i upphandlingen framgår bland annat följande överväganden: Anbud nr 4 har högre pris än anbud nr 5, gruppen föreslår ändå att kommunen väljer nr 4 av följande anledningar: ” [1] * *företagsläkare med lång erfarenhet kan tillhandahållas måndag tom fredag 8.00 -- 12.00, 13.00--17.00 även kvällstid efter överenskommelse.* [2] * *även annan sjukvård än företagshälsovård bedrivs vilket gör att det blir mer heltäckande.* [3] * *timkostnaderna för olika kategorier är lägre.* [4] * *även psykiatrisk hjälp via läkare tillhandahålles.* [5] * *bättre tillgänglighet till samtliga kategorier ex läkare sjuksköterska beteendevetare psykolog sjukgymnast etc.* [6] * *företaget har miljöpolicy och miljösamordnare*” (KKO:s numrering inom klamrar).

Upphandlingen avgjordes i enlighet med rekommendationen genom att anbudsgivare nummer 4 tilldelades uppdraget. Den procentuella prisskillnaden mellan vinnande anbud (nr. 4) och det prismässigt lägsta anbudet (nr. 5) är 6,27 % eller 8,16 %, beroende på vilket alternativ (alt. 1 eller 2) som väljs.

Gällande rätt

I detta ärende aktualiseras frågan huruvida Sala kommun, genom att med den angivna förfarandet som grund anta ett dyrare anbud än det prismässigt lägsta innebär ett åsidosättande av lagen om offentlig upphandling samt en snedvridning av konkurrensen.

Sedan den 1 januari 1994 regleras all offentlig upphandling genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.

Tjänster för hälso- och sjukvård samt socialtjänst (kategori 25) utgör sådana s.k. B-tjänster enligt lagen, som oavsett värdet av upphandlingen skall handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-4 §§, 6 kap. samt 7 kap. LOU. Som huvudregel skall förfarandet för s.k. förenklad upphandling därvid tillämpas.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som lagens huvudregel 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. I förarbetena^{13[13]} till lagen motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om icke diskriminering (jfr. art. 7 i EG-Romfördraget). Reglerna är bl.a. utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphand-

lingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensnedvridande sätt.

Enligt 6 kap. 3 § LOU skall den upphandlande enheten vid förfarandet för förenklad upphandling upprätta ett förfrågningsunderlag i vilket enheten skall ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse vid värdering av inkomna anbud.

Enligt 6 kap. 12 § LOU skall den upphandlande enheten därefter anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som har lägst anbudspris. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, skall enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

Någon bedömning av andra omständigheter än sådana som i förväg angivits i förfrågningsunderlaget och som är direkt hänförliga till upphandlingen får inte förekomma vid anbudsvärderingen. Om omständigheterna i förfrågningsunderlaget utan angivande av några närmare definitioner, begränsats till att enbart omfatta punktvis uppställa kriterier, kan enligt en dom av Kammarrätten i Sundsvall (mål nummer 943-1997) inte på ett affärsmässigt sätt läggas till grund för värderingen av anbuderna. Kammarrätten angav bland annat att ett förfarande, där det *överlämnas 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 bl.a. affärsmässighet. Kammarrättens dom har vunnit laga kraft och får anses ha viss prejudicerande betydelse för framtida rättstillämpning.

Frågan om grunderna för vilka anbud som skall antas är mycket central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Av såväl lagtext som aktuella förarbeten¹⁴[14] till bestämmelsen i 6 kap. 12 § LOU framgår att den upphandlande enheten vid värderingen av anbuderna inte får beakta andra omständigheter än vad som angivits i annonsen eller i förfrågningsunderlaget för upphandlingen. Lagstiftaren uttalar därvid att "[d]et får ... inte förekomma att ett anbud väljs framför ett annat på grund av en omständighet som anbudsgivarna inte i förväg fått reda på". Nämnden för offentlig upphandling (NOU), som utövar tillsyn över lagen om offentlig upphandling, har i sina kommentarer till lagen bl.a. uttalat (se NOU-info, oktober 1996 sid. 8) att "Enligt LOU måste enheten i förfrågningsunderlaget (eller annonsen) ange samtliga kriterier som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Den upphandlande enheten *får inte lägga till eller dra ifrån några kriterier under upphandlingens gång*" (KKO:s kursivering).

Enligt 6 kap. 13 § LOU skall det hos den upphandlande enheten vidare finnas dokumenterat de skäl på vilka ett anbud antagits och vad som i övrigt förekommit av betydelse vid anbudsprövningen.

14[14]

Prop. 1992/93:88, sid. 51-52 samt 71-72 - jfr. ursprungligt textförslag till 6 kap. 10 § i prop. 1993/94:78 sid. 34.

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 nedan om EG-Romfördraget).

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 onödiga 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*)¹⁵[15]. 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-direktivets¹⁶[16] 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.

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

Sala kommun har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande: Kommunen har i förfrågningsunderlaget för upphandlingen beskrivit att denna omfattar en företagshälsovård i förändring samt *"låtit förstå"* att utvärderingen inte kommer att ske med enbart lägsta pris som grund. Kommunen anser sig därmed ha klargjort att fler faktorer än priset skall tillmätas betydelse vid anbudsvärderingen. Avseende de värderingskriterier som åberopas som grund för att anta

15[15]

Prop. 1992/93:88, sid. 103

16[16]

89/665/EEG ar. 1(c) samt 92/13/EEG art. 2(d)

vinnande anbud medger kommunen att punkten ”även annan sjukvård än företagshälsovård bedrivs” kan synas något missvisande. Med uttrycket annan sjukvård avses dock den arbetsrelaterade sjukvård som finns beskriven i bilaga 3 till förfrågningsunderlaget.

Vad avser det refererade rättsfallet från Kammarrätten i Sundsvall, menar Sala kommun, att detta inte är jämförbart med omständigheterna kring Sala kommuns aktuella upphandling. Mjuka värderingskriterier som i det aktuella fallet avseende upphandling av vårdtjänster kan enligt kommunen inte fullt ut jämföras med kriterier för upphandling av hårda produkter/tjänster, vilket var fallet i det refererade rättsfallet.

Kommunen menar sammanfattningsvis att det antagna anbudet erbjuder den för kommunen ekonomiskt mest fördelaktiga lösningen i enlighet med lagens om offentlig upphandling bestämmelser.

-

Bedömning

Konkurrenskommissionen är ett 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.

Den aktuella upphandlingen av tjänster för företagshälsovård har påbörjats på ett sådant sätt att upphandlingslagens förfarande för *förenklad upphandling* är tillämpligt. Enligt detta förfarande kan den upphandlande enheten anta antingen det anbud som erbjuder den *ekonomiskt mest fördelaktiga lösningen* eller det *lägsta priset*.

I förfrågningsunderlaget skall den upphandlande enheten alltid beskriva föremålet för upphandlingen och vilka s.k. *skall-krav* som skall vara uppfyllda för att giltigt anbud skall anses föreligga. Anbud som inte uppfyller dessa skall-krav utgör s.k. *orena anbud* som skall avvisas från upphandlingen och inte tas upp till slutlig prövning.

Om den upphandlande enheten väljer att använda *ekonomiskt mest fördelaktigt anbud* som urvalsmodell för upphandlingen, skall den i förfrågningsunderlaget redovisa vilka ytterligare kriterier som utöver priset kommer att tillmätas betydelse vid värderingen av anbuderna samt på vilket sätt jämförelsen mellan dessa 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 eller att avstå från att lämna anbud.

När anbudstiden gått ut skall den upphandlande enheten uppta endast sådana anbud som uppfyller samtliga i upphandlingen ställda s.k. *skall-krav* till slutligt prövning samt anta antingen det anbud som erbjuder lägsta pris eller det anbud som erbjuder den i enlighet med de i förväg angivna värderingskriterierna, ekonomiskt mest fördelaktiga lösningen.

Enligt en i sammanhanget betydelsefull dom från Kammarrätten i Sundsvall kan enbart punktvis angivna och allmänt hållna värderingskriterier - liknande dem som i den aktuella upphandlingen angivits av Sala kommun - utan några konkreta preciseringar av kriteriernas innebörd, inte anses uppfylla lagens krav på klarhet och tydlighet. Domstolen ger därmed uttryck för den s.k. *transparensprincipen* inom EG-rätten och vilken innebär att de skäl på vilka en upphandling kan komma avgöras skall kunna beaktas av leverantörerna i förväg.

Något stöd för kommunens uppfattning att denna princip inte skulle vara tillämplig vid upphandlingar inom den ”mjuka sektorn” finns varken i den refererade domen, gällande lag eller doktrin.

Om kriterierna för värderingen redovisats så allmänt att de inte kan tillmätas någon betydelse, utgör således priset den enda kvarstående objektiva mätbara värderingsgrunden. I brist på andra objektiva grunder är den upphandlande enheten i dessa fall således hänvisad till att anta det anbud som till lägsta erbjudna pris uppfyller upphandlingens grundläggande s.k. skall-krav avseende det som skall levereras.

I den aktuella upphandlingen har Sala kommun upptagit samtliga tre inkomna anbud till materiell anbudsprövning. Det får därmed anses vitsordat att samtliga inkomna anbud bedömts uppfylla de ställda grundkraven (skall-kraven) för upphandlingen, inklusive de krav som kan tänkas framgå av den av kommunen refererade bilagan 3 till förfrågningsunderlaget. Utöver dessa krav har kommunen i förfrågningsunderlaget redovisat ytterligare kriterier som skall tillmätas betydelse vid värderingen av anbudet. Kriterierna har emellertid redovisats utan någon närmare definition av innebörden av de olika begrepp de ger uttryck för. Kommunen har enligt Konkurrenskommissionens mening därmed överlämnat åt anbudsgivarna att själva ange vad de anser ligga i de olika begreppen på ett sådant sätt som inte ger underlag för en objektiv bedömning och som enligt gällande praxis därmed inte kan anses affärsmässigt.

Av de två anbud som upptagits till slutlig jämförande anbudsvärdering har kommunen beslutat att anta det prismässigt dyrare anbudet. Som grund för beslutet att anta detta anbud har Sala kommun i allt väsentligt anfört omständigheter som inte definierats eller på annat sätt klargjorts i förfrågningsunderlaget. På en punkt har till och med anförts en omständighet som helt ligger utanför ramarna för upphandlingen - att även annan sjukvård än företagshälsovård bedrivs av den vinnande anbudsgivaren. Den i kommunens yttrande påvisade arbetsrelaterade sjukvård som framgår av bilagan 3 till förfrågningsunderlaget, ingår förekommande fall i den allmänna beskrivningen av föremålet för upphandlingen. För att komma ifråga för slutlig bedömning måste samtliga anbud uppfylla de s.k. skall-krav avseende sjukvård m.m. som därmed kan anses uppställda. Några s.k. bör-krav med hänvisning till bilagan finns emellertid inte angivna, och kan således heller inte beaktas vid värderingen av anbudet.

Enligt vad som redovisats ovan torde de i den aktuella upphandlingen allmänt angivna kriterierna inte uppfylla den nivå som enligt praxis krävs för att dessa på ett objektiva sätt skall kunna läggas till grund för sammantagen ekonomisk bedömning av anbudet. Sala kommun synes därigenom ha varit hänvisad till att i väsentligt hänseende pröva anbudet enbart på grundval av deras priser.

Oaktat om värderingen av kriterierna skett i överensstämmelse med lagen eller ej skall resultatet av utvärderingen motiveras på ett affärsmässigt sätt och i sådana ekonomiska termer att det klart framgår att vinnande anbud varit det ”ekonomiskt mest fördelaktiga”. Av upphandlingsprotokollet och den övriga dokumentation om upphandlingen som varit tillgänglig i ärendet framgår inte att någon sådan beräkning eller motsvarande kalkyler har genomförts, som styrker att de för anbudsvärderingen åberopade grunderna medfört att

vinnande anbud erbjudit en *ekonomiskt* fördelaktigare lösning än det prismässigt lägsta anbudet.

Vad Sala kommun således lagt till grund för sitt beslut om köp av tjänster för företagshälsovård kan vid en sammantagen bedömning inte anses utgöra sådana affärsmässiga skäl som krävs enligt lagen om offentlig upphandling. Genom förfarandet riskerar kommunen därmed att ha åsidosatt de krav på opartiskhet och likabehandling som uppställs i lagen.

Detta har enligt Konkurrenskommissionens mening medfört att konkurrensen på den lokala marknaden för företagshälsovård har snedvridits samtidigt som förtroendet för kommunen som upphandlare riskerat att ha undergrävts. Kommunen riskerar också att ha orsakat skattebetalarna i Sala kostnader i onödan, dels för det dyrare anbudet, dels för det skadestånd som kommunen kan komma att ådömas efter en eventuell domstolsprövning av upphandlingen.
