

PM 2 2003-06-18

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

Skogsvårdsstyrelsen Östra Götaland har vid köp av tjänster för projektdokumentation beslutat att vid anbudsvärderingen bortse från vissa av de värderingsomständigheter som angivits för upphandlingen och avgöra upphandlingen enbart enligt lägsta pris.

Skogsvårdsstyrelsen Östra Götaland (nedan Skogsvårdsstyrelsen) infordrade den 14 mars 2003 anbud avseende tjänster för "projektdokumentation till EU - Life - projektet 'Skogen vid kusten'".

Av förfrågningsunderlaget för upphandlingen under rubriken "Administrativa bestämmelser" sid. 3, framgår att upphandlingen skall handläggas som en förenklad upphandling enligt 6 kap. lagen om offentlig upphandling.

Under rubriken "Prövningskriterier" på sid. 2 i underlaget framgår vidare att "Prövning av anbud kommer att ske enligt Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. Det anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga kommer att antas. Nedan angivna faktorer kommer att beaktas. Faktorerna är uppställda i rangordning enligt nedan: – Tidigare erfarenhet av liknande arbeten – Innovativa dokumentationsförslag – Kunskap om kustmiljön – Pris".

Den 15 maj 2003 skickade Skogsvårdsstyrelsen ut en cirkulärskivelse med tilldelningsinformation om upphandlingen, av vilken framgår att totalt femton anbud inkommit i upphandlingen samt att tilldelning har skett enligt följande: "Skogsvårdsstyrelsen har beslutat att anta anbudet från [Anbudsgivare A], som lämnat det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet".

Som motivering till beslutet om tilldelning anger Skogsvårdsstyrelsen att "Efter utvärdering av samtliga anbud konstateras att samtliga anbud uppfyller de kvalitetskrav Skogsvårdsstyrelsen kan ställa. De företag som lämnat anbud är alla etablerade i branschen, med vissa skillnader i inriktning på sitt arbete. Eftersom alla anbuderna erbjuder tillräckligt god kvalitet, har de totalpris som lämnats i anbuderna blivit avgörande. Det material som sänts in kommer att returneras till respektive företag".

Förutom kontroll huruvida ingivna obligatoriska s.k. skall-krav för upphandlingen ("alla anbuderna erbjuder tillräckligt god kvalitet") har någon värdering av omständigheterna "– Tidigare erfarenhet av liknande arbeten – Innovativa dokumentationsförslag [samt] – Kunskap om kustmiljön" således inte genomförts.

Upphandlingens faktiska värde är svår att uppskatta. Enligt Skogsvårdsstyrelsen sprider sig inkomna anbud mellan 350.000 och 2,5 miljoner kronor.

Länsrätten i Kalmar län har genom beslut den 23 maj 2003 förordnat om interimistiskt verkställighetsförbud (inhibition) i upphandlingen.¹¹

Gällande rätt

All offentlig upphandling regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.

Tjänster för projektdokumentation torde utgöra sådana "andra tjänster" (kategori 27) enligt en bilaga B till lagen, som oavsett värdet skall upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§, 6 kap. samt 7 kap. LOU.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller 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

förarbetena²¹ 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 konkurrensnedvridande sätt.

Enligt 6 kap. 12 § LOU kan enheten välja att anta antingen det anbud som har lägst anbudspris eller det anbud som i enlighet med ett antal i förväg angivna värderingskriterier (däribland exempelvis pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd eller miljöpåverkan) erbjuder den sammantaget ekonomiskt mest fördelaktiga lösningen.

Har den upphandlande enheten uppgivit att den skall anta det anbud som har lägst anbudspris skall enheten utöver priset enbart ta ställning till huruvida anbuden tillräckligt uppfyller de för upphandlingen uppställda obligatoriska grundförutsättningarna (de s.k. skallkraven).

Har upphandlingen inriktats på det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall den upphandlande enheten först pröva vilka anbud som uppfyller de obligatoriska grundförutsättningarna för upphandlingen (skallkravsprövning). Anbud som därvid bedöms inte uppfylla dessa förutsättningar skall förkastas från upphandlingen såsom orena bud. Återstående bud – vilka således samtliga måste ha bedömts uppfylla de behov upphandlingen avsett att täcka – skall därefter underkastas en värdering i enlighet med de för upphandlingen i förväg uppställda kriterierna (de s.k. börkraven) varvid det totalekonomiskt mest fördelaktiga budet skall väljas (börkravsvärdering).

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).

Frågan om grunderna för vilka anbud som skall antas är därvid mycket central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Av såväl lagtext som aktuella förarbeten²² till bestämmelsen i 6 kap. 12 § LOU framgår att den upphandlande enheten vid värderingen av anbuden 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" (KKOs markering med spärrad text).

Enheten får således vid anbudsvärderingen inte bortse från någon av de omständigheter som angivits i förfrågningsunderlaget. Samtliga omständigheter skall prövas i enlighet med den rangordning eller viktning som följer av förfrågningsunderlaget.

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*)²³. 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-direktivets²⁴ 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

Skogsvårdsstyrelsen har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande: Det fanns en budgeterad ram för projektet på 400.000 kronor, och antagna anbudet var det enda som låg inom dessa ramar. Nämnda begränsning borde emellertid ha framgått av förfrågningsunderlaget. Skogsvårdsstyrelsen är således medveten om att utvärderingen av anbuden inte har skett enligt den rangordning som framgår av förfrågningsunderlaget och avser av detta skäl att avbryta och göra om upphandlingen.

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.

Skogsvårdsstyrelsens aktuella upphandling avseende tjänster för projektdokumentation har utlysts enligt ett s.k. förenklat förfarande enligt 6 kap. lagen om offentlig upphandling.

Av upphandlingsunderlaget framgår att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall komma att antas och att inkomna anbud därvid skall komma att värderas enligt fyra sinsemellan rangordnade omständigheter, varav lägst avseende skall tillmätas anbudens pris.

Det har vidare upplysts att det inkommit totalt femton anbud i upphandlingen, vilka prismässigt har fördelat sig mellan 350.000 och 2,5 miljoner kronor. Samtliga anbud har av Skogsvårdsstyrelsen bedömts uppfylla i förfrågningsunderlaget ställda s.k. skall-krav och således upptagits till slutlig värdering i upphandlingen.

Av den tilldelningsinformation som Skogsvårdsstyrelsen tillställt anbudsgivarna framgår att myndigheten vid den kvalitativa värdering av inkomna anbud *som genomförts har konstaterat att samtliga anbud erbjuder tillräckligt god kvalitet och uppfyller därmed de kvalitetskrav som Skogsvårdsstyrelsen kan ställa. Anbudens totalpris har därmed blivit avgörande för upphandlingen"*. Myndigheten har även i ett senare yttrande till länsrätten medgivit att någon prövning av inkomna anbud inte har skett enligt den rangordning som framgår av förfrågningsunderlaget.

Skogsvårdsstyrelsen synes härvid ha blandat samman den aktuella kvalitativa värdering som skulle ha genomförts (en s.k. bör-kravsvärdering) med den för alla upphandlingar obligatoriska prövningen huruvida anbudsgivarna uppfyller minimikraven enligt anbudsfrågan (en s.k. skall-kravsprövning). Om det hade bedömts att något av de aktuella

anbudet inte ”uppfyller[...] de kvalitetskrav som Skogsvårdsstyrelsen kan ställa ” eller att anbudet inte ”erbjuder tillräckligt god kvalitet” skulle detta anbud rätteligen ha förkastats och inte tillåtits gå vidare till upphandlingens utvärderingsfas.

Någon kvalitetsvärdering av anbudet – utöver de obligatoriska basförutsättningarna – synes inte ha skett, trots att detta förutsatts i upphandlingsunderlaget. Den stora prisspridningen tyder på väsentliga skillnader i kvalitetsmässig ambitionsnivå mellan anbudet. Detta borde, som upphandlingen har utformats, återspeglas vid värderingen av anbudet, på så sätt att anbudets kvalitet kommit att vägas mot pris. Om Skogsvårdsstyrelsen sedermera funnit att upphandlingsförutsättningarna varit oklara skulle upphandlingen rätteligen ha avbrutits och gjorts om.

Vad Skogsvårdsstyrelsen således lagt till grund för sitt beslut om köp av tjänster för projektdokumentation av projektet stämmer inte med vad myndigheten angivit i förfrågningsunderlaget för upphandlingen. Genom förfarandet har Skogsvårdsstyrelsen åsidosatt de krav på förutsägbarhet och likabehandling som uppställs i lagen om offentlig upphandling och bakomliggande EG-direktiv. Konkurrensen på marknaden för projektdokumentation har därmed riskerat att snedvridas och förtroendet för Skogsvårdsstyrelsen som upphandlare att undergrävas^[PC1].

Eftersom upphandlingen numera avbrutits föranleder ärendet inte några ytterligare uttalanden från Konkurrenskommissionens sida än att gjorda påpekanden bör iakttas vid en eventuell förnyad upphandling.

^[1] Länsrätten i Kalmar län, beslut i mål nr. 640-03E, meddelat den 23 maj 2003.

^[2] Prop 1992/93:88, sid. 59-60.

^[3] Prop 1992/93:88, sid. 51-52 samt 71-72 - jfr. ursprungligt textförslag till 6 kap. 10 § i prop. 1993/94:78 sid 34.

^[4] Prop 1992/93:88, sid. 103

^[5] 89/665/EEG art. 1(e) samt 92/13/EEG art. 2(d)

^[PC1] Genom förfarandet har Skogsvårdsstyrelsen enligt Konkurrenskommissionens mening åsidosatt de krav på förutsägbarhet och likabehandling som uppställs i lagen om offentlig upphandling och bakomliggande EG-direktiv. Konkurrensen på marknaden för projektdokumentation riskerar därmed att snedvridas och förtroendet för Skogsvårdsstyrelsen som upphandlare att undergrävas.