

PM-2 2003-12-10

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

*Hässleholms kommun har vid en upphandling avseende vård- och omsorgstjänster bl.a. antagit anbudsgivare som inte uppfyllt för upphandlingen ställda kvalifikationskrav samt tillfört nya omständigheter för anbudsvärderingen. En anbudsgivare har efter anbudstidens utgång tillåtit att ändra sitt anbud till att avse en annan upphandlingsdel.*

Hässleholms kommun har genom annons i Anbudsjournalen, i november 2001 infortrat anbud avseende dels fasta abonnemang på vårdplatser dels ramavtal för successiva avrop av vårdplatser, för fem behovsgrupper (behovsgrupp 1-5)<sup>[1]</sup> under perioden den 1 juli 2002 till och med den 1 juli 2004 med möjlighet till förlängning i ett år till och med den 1 juli 2007 (2+3 år).

Enligt punkten 2.1 i förfrågningsunderlaget skall upphandlingen handläggas som en s.k. förenklad upphandling enligt 6 kap. LOU.

Som ett ovillkorligt s.k. skall-krav anges under rubriken ”Allmän orientering samt omfattning” (punkt 1 i förfrågningsunderlaget) att ”Kommunen vänder sig endast till de vårdgivare som bedriver tillståndspliktig verksamhet enligt 69 § socialtjänstlagen<sup>[2]</sup>. Detta gäller även vårdgivare med offentlig huvudman”. Därjämte anges under punkt 3, ”Kravspecifikation”, följande övriga krav avseende anbudets innehåll och leverantörernas kapacitet m.m.<sup>[3]</sup>:

- **Kvalitet (3.1).** Vid bedömning av kvalitet beaktas vårdens/omsorgens innehåll, personalens kompetens, kontinuitet, handledning och fortbildning i relation till målgrupp liksom kvalitetssäkringssystem och uppföljning.
- **Servicenivå (3.2).** Vårdgivare skall tydligt ange i vilken grad verksamheten bedrivs under dagar, kvällar, nätter, helger samt personalbemanning och aktiviteter under dessa tider. Det skall också framgå hur behov av hjälpmedel, inklusive inkontinenshjälpmedel tillgodoses.
- **Nyttjande av underentreprenör (3.3).** Eventuellt förekommande underentreprenörer skall anges i anbudet, och får inte anlitas utan kommunen skriftliga godkännande i förväg.
- **Allmänna villkor (3.4).** Vårdgivaren skall iaktta för verksamheten gällande lagar och författningar.
- **Geografisk belägenhet (3.6).** Vid abonnemangsavtal skall institutionen finnas inom 10 mil från Hässleholm.
- **Försäkringar (3.10).** Vårdgivaren skall ha ett fullgott försäkringsskydd, innefattande bl.a. kompensation för såväl inomobligatoriska som utomobligatoriska sak- person- och förmögenhetsskador.

Under rubriken ”Anbudslämnande” (punkt 2.3) uppräknas i underlaget ett antal bevis som skall finnas bilagda anbudet, med vilka anbudsgivarna skall styrka att de uppfyller för upphandlingen ställda skall-krav<sup>[4]</sup>. Bland annat föreskrivs att förekommande ”Tillståndsbevis” samt ”Försäkringsbevis” skall finnas bilagda anbudet. På annan plats i underlaget och särskilt markerat med rubriken ”OBS” framhålls att ”anbud som ej lämnas i enlighet med

*denna förfrågan, liksom för sent inkommet anbud, kommer att förkastas” (se punkten 1 sista stycket).*

Under punkt 2.7 i underlaget anges att ”*ekonomiskt mest fördelaktiga anbud*” skall komma att antas samt att hänsyn därvid skall komma att tas till följande (sinsemellan oprioriterade) s.k. bör-krav:

- **Redovisat vård/omsorgsresultat** (*vårdgivarens möjlighet att fullfölja de uppgjorda individuella vårdplanerna*), *omvårdnadsinnehåll, kvalitetssäkringssystem.*
- **Vårddygnskostnad**
- **Personalens utbildning, kompetens och erfarenhet**
- **Personaltäthet och personalkontinuitet**
- **Referenser**

Enligt en utvärderingsrapport som upprättats av kommunens ekonomikontor<sup>[5]</sup> registrerades det vid anbudstidens utgång den 31 januari 2002 totalt 25 inkomna anbud. Av en notering i utvärderingsrapporten framgår att fem anbudsgivare (däribland anbudet E) ”*ej insänt komplett dokumentation*” men att dessa lämnats möjlighet att i efterhand ”*insända kompletterande uppgifter*”. En anbudsgivare (anbud F) noterades inte ha inbetalt sin sluteskatt för 2002.

I den inledande kvalifikationsbedömningen förkastades fyra anbud (anbuderna C samt G-I eftersom de inte ansågs uppfylla kravet på närhet inom tio mils radie från Hässleholms kommun (skall-krav enligt punkten 2.3), och upptogs således inte till slutlig anbudsvärdering. Ett anbud (anbud F) förkastades till följd av att anbudspriset översteg 1.500 kronor per dygn<sup>[6]</sup>.

Kvarvarande anbud upptogs, som det får förstås, till slutlig, materiell anbudsvärdering i upphandlingen. Av en promemoria benämnd ”*METODIK vid utvärdering av inlämnade anbud*”<sup>[7]</sup> framgår att denna anbudsvärdering har skett i enlighet med följande kriterier sammanfattade i fyra huvudrubriker:

- **Innehållet**, omfattande ”*vårdideologi, arbetsmetoder, medbestämmande, daglig aktivering, eftervård, löpande utvärdering m.m. I innehållet ingår även punkter som verksamhetsförändring och utvecklingsstrategier som varit för komplexa för att sätta poäng på*”.
- **Organisation**, omfattande ”*bl a personalfrågor såsom utbildning/kompetens, bemanningsplaner, handledning mm utöver fråga om hur enheten är organiserad*”.
- **Lokaler/yttere miljö**, omfattande ”*vårdbostadens standard inkl handlikappanpassning, frågor om arbetstekniska och individuella hjälpmedel samt läkemedelshandtering*”.
- **Samverkan**, omfattande ”*frågor om krav på uppdragsgivare och övriga berörda såsom somatisk och psykiatrisk sjukvård och anhöriga*”.

Beslut om tilldelning i upphandlingen fattades vid sammanträde med omsorgsnämnden i Hässleholms kommun den 29 maj 2002 (ON § 34/02)<sup>[8]</sup>.

Enligt underlaget<sup>7</sup> för omsorgsnämndens beslut har den materiella anbudsvärderingen genomförts i enlighet med en tregradig poängskala där 1 poäng innebär att ”*man inte uppfyller kraven*”, 2 poäng innebär att ”*man motsvarar kraven*” samt 3 poäng att ”*man väl motsvarar kraven*”. Värderingen har vidare kommit att utföras så att anbud för att kunna antas ”*skall motsvara kraven i alla fyra delarna, det räcker således inte att ha uppnått tillräckligt många poäng sammanlagt*”. Med ledning av vad kommunen senare uppgivit skall därmed förstås att anbud som erhållit ett genomsnittligt värde under två poäng på någon av huvudrubrikerna automatiskt förkastas ur upphandlingen, oavsett om anbudet tilldelats höga poäng i övriga delar<sup>[9]</sup>.

Såvitt framgår av kommunens beslut om tilldelning i upphandlingen har kontrakt tecknats med flera anbudsgivare avseende olika delar av upphandlingen. De flesta kontrakt tecknades i

slutet av juni och kontraktstiden började i enlighet med förfrågningsunderlaget löpa den 1 juli 2002.

I den del av upphandlingen som avser abonnemangsplatser för behovsgrupp 5 (somatik) har kommunen tagit ställning till tre anbud från anbudsgivarna E, K och L.

Avtal tecknades med Anbudsgivare K trots att företaget under hela anbudsförfarandet saknade tillstånd för verksamheten enligt socialtjänstlagen<sup>2</sup> och till följd härav knappast kunnat inge något intyg om sådant tillstånd<sup>100</sup>. Erforderligt tillstånd erhöll Anbudsgivare K genom beslut först den 13 augusti 2002, således efter såväl kommunens tilldelningsbeslut som kontraktstidens början.

Avtal har även tecknats med Anbudsgivare E trots att företaget inte inom anbudstiden inkommit med något anbud i denna upphandlingsdel. Den antagna anbudet har istället tillkommit genom en kompletterande ändring efter anbudstidens utgång<sup>101</sup>. Även Anbudsgivare E saknade erforderligt tillstånd enligt socialtjänstlagen<sup>2</sup> och har till följd härav inte kunnat uppvisa något intyg om sådant tillstånd<sup>102</sup>. Anbudsgivare E erhöll sitt tillstånd genom beslut först den 30 januari 2003, således tidsmässigt långt efter kommunens tilldelningsbeslut och kontraktstidens början<sup>103</sup>. Anbudsgivare E saknade såvitt framkommit även erforderligt försäkringsbevis fogat till sitt anbud.

Anbudsgivare L, som även avgivit anbud i den relevanta upphandlingsdelen, tilldelades inte kontrakt trots att företaget innehade för verksamheten erforderligt tillstånd samt ingivit ett intyg om detta tillsammans med sitt anbud. Som grund för att förkasta anbudet har kommunen anfört att en allvarlig brist har bestått i att ”rummen var små och saknade dusch”, samt att ”hemmet inte [var] handikappanpassat i önskvärd utsträckning”<sup>9</sup>. Anbudsgivare L har till följd härav tilldelats ett genomsnittlig värde understigande 2 poäng inom huvudrubriken ”Lokaler/yttre miljö”. Någon annan dokumenterad grund för att utesluta Anbudsgivare L ur upphandlingen har inte förelegat. Anbudsgivare L:s sammanlagda poäng vid anbudsvärderingen uppgår till samma nivå som Anbudsgivare K, vilken tilldelats kontrakt i upphandlingen.

### 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 som oavsett värdet skall handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§ samt 6 kap. LOU.

Vid s.k. *förenklad upphandling* skall den upphandlande enheten enligt 6 kap. 3 § LOU upprätta ett förfrågningsunderlag av vilken framgår vilka omständigheter som skall tillmätas betydelse vid värderingen av inkomna anbud. Enheten kan enligt 6 kap. 12 § LOU välja att anta antingen det anbud som har lägst anbudspris eller det anbud som i enlighet med ett antal i förväg angivna värderingsomständigheter ( däribland exempelvis pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd eller miljöpåverkan) erbjuder den sammantaget ekonomiskt mest fördelaktiga lösningen.

Om den upphandlande enheten väljer att utvärdera anbudet enligt principen ekonomiskt mest fördelaktiga anbud skall anbudet i enlighet med en föreskrift i 1 kap. 20 a § LOU, som även äger analog tillämpning vid upphandlingar enligt 6 kap. LOU utvärderas i ett tvåstegsförfarande där enheten i den inledande s.k. *kvalifikationsfasen* först prövar huruvida anbudsgivarna uppfyller de krav som ställts upp för att få delta i upphandlingen, varefter enbart anbud som bedömts uppfylla ställda krav i den s.k. *utvärderingsfasen* upptas till materiell anbudsutvärdering.

Möjlighet att utesluta en anbudsgivare på grund av att denne inte uppfyller för upphandlingen ställda krav finns som regel inte i utvärderingsfasen. Detta skulle innebära ett avsteg från det föreskrivna tvåstegsförfarandet. Skulle det i samband med utvärderingen av

redan kvalificerade anbud emellertid visa sig att ett anbud av tidigare förbisedda skäl inte uppfyller för upphandlingen grundläggande ställda skall-krav eller att det av andra formella skäl (se 1 kap. 17 § och 6 kap. 9 § LOU) inte bör antas<sup>[4]</sup> kan anbudet självklart inte tillåtas gå vidare i anbudsvärderingen eller slutligen antas.

Den bör-kravsprövning som förekommer i utvärderingsfasen avser således inte att fastsälla i vad mån, utan i vilken omfattning anbuden uppfyller ställda krav. Utvärderingsfasen utgör således inte något instrument för diskvalifikation av anbudsgivare eller anbud<sup>[5]</sup>.

Oavsett vilken värderingsmetod som väljs skall enligt 1 kap. 4 § LOU upphandlingen genomföras med utnyttjande av föreliggande konkurrensmöjligheter och även i övrigt genomföras på ett affärsmässigt sätt. Lagen förutsätter därvid att ett antal grundläggande gemenskapsrättsliga principer<sup>161</sup> bl.a. principerna om likabehandling, transparens och förutsebarhet samt proportionalitet iakttas vid värderingen av inkomna anbud<sup>171</sup>.

Enligt den s.k. *transparensprincipen* skall upphandlingsprocessen kännetecknas av förutsebarhet. Frågan om grunderna för vilka anbud som skall antas är nämligen grundläggande för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Av såväl själva lagtexten som relevanta lagförarbeten<sup>181</sup> framgår att den upphandlande enheten vid värderingen av anbuden inte får beakta andra omständigheter än sådana som angivits i annonsen eller förfrågningsunderlaget för den konkreta upphandlingen. I propositionen uttalar föredragande departementschefen 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"*. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i sina kommentarer till lagen bl.a. uttalat 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"*<sup>191</sup>.

Om kraven i förfrågningsunderlaget, utan angivande av några närmare definitioner, begränsats till att enbart omfatta punktvis uppställda kriterier, kan dessa inte på ett affärsmässigt sätt läggas till grund för värderingen av anbuden<sup>201</sup>.

Andra omständigheter än sådana som anbudsgivarna i förväg informerats om och som klart framgår av förfrågningsunderlaget får således inte vägas in vid anbudsvärderingen eller på annat sätt läggas till grund för beslut om tilldelning i upphandlingen. I delbetänkandet *Effektivare offentlig upphandling* (SOU 1999:139) konstaterade den av regeringen tillsatta Upphandlingskommittén att *"Frågan om hur upphandlande enheter tillämpar sina på förhand angivna utvärderingskriterier är nära kopplat till de upphandlande enheternas förmåga att utforma förfrågningsunderlag. Utvärderingskriterierna är ofta oklart formulerade och blandas ihop med kvalifikationskraven[...]. Kommittén anser det vara belagt att alltför många upphandlande enheter tillåter sig att väga in andra omständigheter vid anbudsprövningen än de som angivits i förfrågningsunderlaget eller i annonsen. Ett sådant förfarande strider mot likabehandlings- och transparensprincipen"*<sup>211</sup>.

På samma grund som den upphandlande enheten inte i efterhand får lägga till några värdringsomständigheter får enheten inte heller dra ifrån eller bortse från sådana krav eller omständigheter som uppställts i underlaget. Detta skulle strida mot såväl transparensprincipen som den s.k. likabehandlingsprincipen, enligt vilka anbudsgivarna skall ges lika villkor och behandlas på ett likartat sätt.

Anbud som inte uppfyller för upphandlingen ställda skall-krav får inte antas, utan skall ovillkorligen förkastas såsom orena bud. Principen att orena anbud inte får antas, även om bristerna enbart är av formell natur, framgår av EG-domstolens dom i det s.k. Stora Bält-målet<sup>221</sup> där den upphandlande enheten hade 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. Även om de påtalade bristerna närmast var av formell natur bedömde EG-domstolen att förfarandet att inleda förhandling och anta det bristfälliga anbudet utgjorde en överträdelse av huvudändamålet med direktivet, nämligen en effektiv konkurrens på lika villkor. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har med hänvisning till detta avgörande flera gånger erinrat om den skyldighet som föreligger för upphandlande enheter att alltid förkasta orena anbud<sup>231</sup>. Någon möjlighet att övergå till förhandlad upphandling med en anbudsgivare som avgivit ett orent anbud föreligger således inte.

Även grunderna för anbudsvärderingen (metod för poängsättning m.m.) skall framgå av underlaget och förekommande värderingsomständigheter skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först (se 6 kap. 12 § LOU). Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har detta avseende uttalat<sup>[24]</sup> att bestämmelsen om rangordning skall tillämpas restriktivt, ”dvs. endast när det inte är möjligt att redan i annonsen eller förfrågningsunderlaget ange någon rangordning får man avstå från detta. Det är NOU:s uppfattning att rangordningen emellertid måste ha gjorts av den upphandlande enheten innan anbuden skall jämföras. För att åstadkomma en rättvis jämförelse av anbuden krävs ofta också någon form av viktning och betygssättning av kriterierna. För att anbudsgivarna skall kunna lämna så ändamålsenliga anbud som möjligt, är det angeläget att en sådan viktning och betygssättning framgår av förfrågningsunderlaget. För en upphandlande enhet kan det ofta vara nödvändigt att göra klart för sig hur rangordning, viktning och betygssättning skall ske, innan förfrågningsunderlaget slutligen utformats. Härigenom tvingas enheten att tänka igenom vad som är nödvändigt och viktigt för den aktuella upphandlingen”<sup>[25]</sup>.

Upphandlingslagens huvudregel bygger vidare på att inkomna anbud skall bedömas utifrån sin lydelse vid tidpunkten för anbudstidens utgång. Enligt 6 kap. 8 § LOU får en upphandlande enhet medge att en anbudsgivare eller anbudssökande rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet. Enheten får även begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Däremot får det inte förekomma att helt nya anbud som har ingivits efter anbudstidens utgång upptas till prövning. Anbud får heller inte kompletteras med nytt innehåll efter anbudstidens utgång om detta riskera medföra ändring av förutsättningarna för konkurrensen i upphandlingen.

Frågor om yrkesmässig drift av verksamhet för hem för vård eller boende och annan heldygnsvård regleras genom socialtjänstlagen (2001:453) - SoL, som i sin nuvarande lydelse trädde i kraft den 1 januari 2002 och därmed ersatte en äldre författning från 1980.

Bestämmelserna i 69 § tidigare socialtjänstlagen (1980:620) återfinns överförda till 7 kap. 1 § i den nya författningen, som sålunda föreskriver att ett bolag, en förening, en samfällighet, en stiftelse eller en enskild individ inte utan tillstånd av länsstyrelsen i det län där verksamheten skall bedrivas yrkesmässigt får bedriva verksamhet i form av bl.a. hem för vård eller boende eller hem för viss annan heldygnsvård<sup>[26]</sup>.

### Yttrande

Hässleholms 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.

### Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att sammanblanda myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Hässleholms kommun har genomfört en s.k. förenklad upphandling av vårdtjänster enligt 6 kap. LOU. Upphandlingen har varit uppdelad i mindre upphandlingsdelar där anbud har kunnat lämnas på varje del för sig. Flera anbud har kunnat antas för varje upphandlingsdel.

Av förfrågningsunderlaget för upphandlingen framgår ett antal ”krav” (exempelvis punkten 3.1) som inte är specificerade till sitt innehåll och således inte går att lägga till underlag för någon bedömning huruvida anbudsgivarna uppfyller dessa eller ej.

Vidare framgår ett antal klart definierade obligatoriska s.k. skall-krav som ovillkorligen måste vara uppfyllda för tilldelning i upphandlingen, däribland att anbudsgivare skall bedriva tillståndspliktig verksamhet enligt socialtjänstlagen och tillsammans med anbudet inge ett

bevis om detta tillstånd. Något maximalt anbudspris eller motsvarande kostnadsram som anbudsgivarna har att hålla sig inom framgår inte av anbudsförutsättningarna.



Vidare har i underlaget angivits ett antal villkorliga omständigheter, s.k. bör-krav, som skall tillmätas betydelse vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Bör-kraven är generellt hållna och har sinsemellan inte rangordnats. Någon upplysning om vilken metod för anbudsutvärdering som kommunen avsett att tillämpa eller några inskränkande föreskrifter, exempelvis att anbudsgivarna ovillkorligen måste uppnå en viss miniminivå avseende dessa omständigheter, framgår inte av underlaget.

Av utredningen i ärendet framgår att det har inkommit 25 anbud i upphandlingen varav många tydligen har varit så ofullständiga att de har behövt kompletteras i något eller några avseenden efter anbudstidens utgång. I den s.k. kvalifikationsfasen har flera anbud förkastats till följd av att de inte uppfyllt för upphandlingen ställda skall-krav avseende geografisk närhet. Ett anbud har förkastats under återopande av att anbudspriset översteg kommunens kostnadsram.

Vid den s.k. utvärderingsfasen har kommunen tillämpat en tidigare icke redovisad metod för anbudsutvärdering och poängsättning där delvis helt nya värderingsomständigheter har tillkommit och sammanförts under andra huvudrubriker än som framgår av upphandlingsunderlaget. Bland annat har "Lokaler/ytte miljö" tillförts upphandlingen som en helt ny utvärderingsomständighet. Vidare har anbud vars genomsnittliga poängvärde avseende någon av huvudrubrikerna understigit två poäng förkastats ur upphandlingen.

I den del av upphandlingen som avser abonnemangspplatser för behovsgrupp 5 (somatik) har kommunen haft att ta ställning till tre anbud, varav ett anbud tillkommit efter anbudstidens utgång. Detta anbud jämte ett annat anbud som båda saknade föreskrivet intyg om tillstånd enligt socialtjänstlagen antogs i upphandlingen, medan det tredje anbudet, som innefattade ett sådant intyg, förkastades utan stöd av förfrågningsunderlaget i utvärderingsfasen på grund av uppgivet undermåliga lokaler.

Hässleholms kommuns handläggning av den aktuella upphandlingen kan föranleda följande kritiska synpunkter:

1. Något möjlighet att förkasta anbud vars pris överstigit kommunens uppgivna kostnadsram medges inte i underlaget för upphandlingen. Beslutet att av detta skäl redan i kvalifikationsfasen utesluta ett anbud från den fortsatta handläggningen strider således mot kravet på affärsmässighet.
2. Kommunens beslut att anta anbud som tillkommit efter anbudstidens utgång och som inte uppfyller de grundläggande krav på bl.a. tillstånd enligt socialtjänstlagen som uppställts för upphandlingen strider mot kravet på affärsmässighet. Det har av angivna skäl inte förelegat någon formell möjlighet för kommunen att uppta några förhandlingar med endera av dessa anbudsgivare, utan anbudet borde ha förkastats.
3. Förfarandet att i samma upphandlingsdel förkasta det enda återstående anbudet under hänvisning till brister i lokalernas utformning saknar stöd i upphandlingsföresättningarna. Dels framgår varken några minimikrav som skall vara uppfyllda eller att uteslutning av anbud kan komma att ske i denna fas av anbudsutvärderingen. Dels har "Lokaler/ytte miljö" över huvud taget aldrig angivits som en bedömningsgrund, vare sig som ett obligatoriskt skall-krav eller som en utvärderingsomständighet enligt förfrågningsunderlaget. Kommunens beslut att på angiven grund utesluta ett anbud från den fortsatta anbudsutvärderingen strider således mot kravet på affärsmässighet.
4. Av upphandlingsprotokollet framgår att vissa anbudsgivare har tillåtits att komplettera sina anbud, men inte i vilken omfattning detta har skett eller att kompletteringarna har kunnat genomföras utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Kompletteringsförfarandet riskerar därmed att strida mot kravet på affärsmässighet.

5. Den omständighet att utvärderingsomständigheterna i upphandlingen inte har rangordnats samt givits en generell och närmast punktvis utformning strider mot upphandlingslagens krav på förutsägbarhet, vilket medför att upphandlingen redan av detta skäl inte kan anses ha genomförts på ett affärsmässigt sätt. Även det förhållande att anbudsutvärderingen har kommit att ske på delvis andra grunder än som anges i förfrågningsunderlaget strider mot kravet på affärsmässighet.

Sammantaget har enligt Konkurrenskommissionens bedömning Hässleholms kommun på flera punkter åsidosatt de krav på affärsmässighet, förutsägbarhet och likabehandling som följer av upphandlingslagens bestämmelser. Förutsättningarna för konkurrensen på den lokala marknaden för tjänster vård eller boende och annan heldygnsvård riskerar därmed ha snedvridits samtidigt som kommunens förtroende som upphandlare kan ifrågasättas.

- [11] Av underlaget för upphandlingen framgår att separata anbud får lämnas på varje upphandlingsdel ("typ av målgrupp") och att flera anbudsgivare kan komma att tilldelas kontrakt inom upphandlingsdelen (punkten 1, stycke 9-11).
- [12] Det i upphandlingsunderlaget återopade stadgandet i 69 § socialtjänstlagen (1980:620) har per den 1 januari 2002, således under tiden för upphandlingens handläggning, ersätts med en motsvarande bestämmelse i 7 kap. 1 § socialtjänstlagen (2001:453).
- [13] Härutöver förekommer ett ytterligare antal punkter med skall-krav avseende information och dokumentation (3.5), kvalitetssäkring, uppföljning och utvärdering (3.7), garantier om rättelse (3.8) och fullgörande (3.9), sekretesskrav (3.11) samt förbud mot andra uppdrag (3.12). Dessa krav torde emellertid närmast utgöra riktlinjer för hur verksamheten skall utföras efter tilldelat kontrakt och kan knappast självständigt läggas till grund för en värderande bedömning av inkomna anbud.
- [14] Se anbudsunderlaget punkten 2.3, "Följande handlingar skall biläggas anbudet och vara ifyllda".
- [15] Hässleholms kommun, ekonomikontoret, utvärderingsrapport upprättad den 24 april 2002 och bilagd omsorgsnämndens protokoll (se not 8).
- [16] Se utvärderingsrapporten sid. 4, "Vi har också initialt valt att inte utvärdera offerter överstigande 1.500:-/dygn, eftersom det överstiger vår bedömda kostnadsram".
- [17] Hässleholms kommun, promemoria rubricerad "METODIK vid utvärdering av inlämnade anbud", upprättad den 7 maj 2002 och bilagd omsorgsnämndens protokoll enligt not 8.
- [18] Hässleholms kommun, protokoll från sammanträde med omsorgsnämnden den 29 maj 2002, justerat och anslaget den 29 maj 2002.
- [19] Hässleholms kommun genom ombudet, advokaten RH, yttrande i Hässleholms tingsrätt, mål nr. T 901-03, aktbilaga 11 sid. 3.
- [100] Avtalet med Anbudsgivare K undertecknades emellertid först den 1 oktober 2002, d.v.s. efter den tidpunkt då erforderligt tillstånd förelåg.
- [111] Ändring av Anbudsgivare E ursprungliga anbud avseende ramavtal till abonnemangsavtal.
- [122] Avtalet med Anbudsgivare E undertecknades den 26 juni 2002, d.v.s. före den tidpunkt då erforderligt tillstånd förelåg.
- [133] Såvitt framgått av utredningen ansökte Anbudsgivare E hos Länsstyrelsen i Skåne län om tillstånd enligt 69 § socialtjänstlagen först den 23 augusti 2002.
- [144] Se bl.a. Hovrätten för västra Sverige, dom den 8 oktober 2003 i mål nr. 2750-02, domskälen sid. 8.
- [155] Vid utvärderingsfasen skall samtliga för upphandlingen uppställda kvalitativa omständigheter jämförande värderas i relation till någon kvantitativ omständighet av ekonomisk natur, till exempel anbudens pris, så att det i enlighet med anbudsförutsättningarna ekonomiskt mest fördelaktiga upphandlingsresultatet uppnås.
- [166] Prop. 1992/93:88 s. 72.
- [177] Nämnade principer omfattar även upphandlingar som genomförs enligt de nationellt reglerade bestämmelserna i 6 kap. LOU, se prop. 1993/94:78 sid. 15 ff. samt anslutande uttalanden i praxis (NJA 1998 s. 873) med innebörden att "... även bestämmelserna för upphandlingar av detta slag är i motsvarande delar anpassade till vad som följer av gemenskapsrätten ..." – se även EG-domstolens dom den 17 juni 1997 i mål C-28/95 (Loer-Bloem / Belgien).
- [188] Prop. 1992/93:88, sid. 51-52 samt 71-72, jfr. ursprungligt textförslag till 6 kap. 10 § i prop. 1993/94:78 sid. 34.
- [199] se NOU-info, oktober 1996 sid. 8.
- [200] Kammarrätten i Sundsvall har i ett avgörande (mål nummer 943-1997) 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, får anses strida mot lagens krav på affärsmässighet.
- [211] Se Upphandlingskommittén, delbetänkandet "Effektivare offentlig upphandling" SOU 1999:139, sid. 171.
- [222] EG-domstolens avgörande i mål C-243/89, Europeiska kommissionen / Danmark.
- [233] Nämnden för offentlig upphandling: NOU-info mars -96, sid. 6 och NOU info okt. -96, sid. 10 och 17 f.
- [244] Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU) i "NOU-info", årsammanställningen för 1996, sid. 19-20.
- [255] Nämndens uttalande har knäsatts i rättspraxis i flera mål, bland annat av Länsrätten i Skåne län genom dom den 17 maj 2000 i mål 2241-00E. Länsrätten beslutade att upphandlingen skulle göras om till följd av att värderingsgrunderna inte rangordnats. Liknande bedömningar har även gjorts av Länsrätten i Göteborg, Länsrätten i Gävleborgs län samt av Länsrätten i Norrbottens län. Även Högsta domstolen har i avgörandet NJA 1998 s. 873 konstaterat att den upphandlande enheten "... i förfrågningsunderlaget eller annonsen om upphandling [skall] ange vilka omständigheter som enheten tillmåter betydelse och om möjligt rangordna dessa efter angelägenhetsgrad" samt erinrat om den skyldighet som i angivet avseende följer av EG-rätten.
- [266] Från tillståndsplikten undantas verksamhet inom socialtjänsten som kommun genom avtal överlämnat till en enskild att utföra (se 7 kap. 1 § tredje stycket samt 2 kap. 5 § SoL).

