

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 04-005

PM 2 2004-05-05 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (bristande transparens i anbudsunderlaget).

Luleå kommun har i samband med en upphandling avseende skoltransporttjänster klargjort en princip om att kommunen aldrig i förväg i förfrågningsunderlaget eller på annat sätt redovisar hur den kommer att vikta förekommande värderingskriterier.

Luleå kommun infortrade i december 2003 anbud avseende skoltransporttjänster under perioden den 1 juli 2004 till och med 30 juni 2008 med en ömsesidig uppsägningstid av nittio (90) dagar och möjlighet till ett års förlängning.

Enligt förfrågningsunderlaget skulle upphandlingen handläggas som en s.k. öppen upphandling enligt gällande bestämmelser. Vidare framgick av underlaget att prövningen av inkomna anbud skulle komma att ske enligt principen ”det ekonomiskt mest fördelaktiga” med hänsyn till följande utvärderingskriterier:

- Pris
- Miljö
- Uppdragets utförande
 - Referenser från liknande uppdrag
 - Personalens utbildning och kompetensnivå

Kriterierna uppges vara angivna i inbördes prioriteringsordning och viktade samt skall vid den efterföljande anbudsvärderingen komma att poängsättas i skala 1-10, där 10 är mest fördelaktigt.

På vilket sätt den inbördes viktningen mellan de angivna kriterierna skulle gå till har Luleå kommun emellertid vägrat att uppges. Av skriftväxling som förevarit mellan kommunen och en branschorganisation av leverantörer, som begärt förtydligande i angivet avseende framgår att grunderna för värderingsprocessen i upphandlingen visserligen funnits fastställd hos inköpsavdelningen, men att kommunen inte velat redovisa på vilket sätt inkomna anbud skulle komma att värderas. I ett e-mailmeddelande till branschorganisationen anger kommunen bl.a. följande: ”Vad ligger till grund för bedömningen vid viktningen av kriterierna? Svar: Kommunen offentliggör inte i förväg i förfrågningsunderlaget eller på annat sätt hur den kommer att vikta kriterierna. Vid kontakt under hösten med kommunförbundets jurist [...] har denna uppgett att det inte finns något lagkrav på att ange viktningen i förfrågningsunderlaget och att det inte heller, såvitt hon känner till, finns några rättsfall med den innebörden”.^[1]

Upphandlingens värde kan med ledning av vad som uppgivits i förfrågningsunderlaget uppskattas till c:a 12 miljoner kronor per år eller totalt 60 miljoner kronor för hela avtalstiden, inklusive förlängning.^[2]

Länsrätten i Norrbottens län har genom dom den 16 februari 2004 förordnat att upphandlingen skall göras om.^[3]

Gällande rätt

Offentliga upphandlingar regleras genom lagen om offentlig upphandling (LOU).

Upphandling av tjänster för landtransport, inkl. säkerhetstransporter, kurir- och taxitransport, utom postbefordran (A-tjänster, kategori 2) skall, om det samlade upphandlingsvärdet överstiger ett i lagen angivet tröskelvärde motsvarande \approx 200.000 eller 1,741 miljoner kronor, handläggas enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna för den s.k. klassiska sektorn, vilka återfinns införda i 1 kap. och 5 kap. LOU.

Frågan om grunderna för vilka anbud som skall antas är mycket central för syftet att uppnå ett icke diskriminerande upphandlingsresultat. Förekommande offentliga upphandlingar skall därför alltid handläggas i enlighet med kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU, vilket innefattar att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och icke-diskriminering, proportionalitet, förutsebarhet och transparens samt ömsesidigt erkännande skall iakttas.

Enligt den s.k. *transparensprincipen* skall upphandlingsförfarandet präglas av klarhet och öppenhet och leverantörerna skall lämnas förutsättningar så att de på bästa sätt inför anbudsgivningen kan förutsätta på vilket sätt deras anbud kommer att beaktas vid den jämförande värderingen av inkomna anbud.

I upphandlingsrättslig doktrin framgår bl.a. följande avseende kravet på transparens och öppenhet (KKO:s markering med understruken text).^[4]

”Med transparens förstås främst skyldigheten för den upphandlande enheten att lämna information om upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt rättigheten för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vilka rättigheter och skyldigheter som föreligger. Vilka åtgärder en upphandlande enhet kommer att vidta under upphandlingsprocessen, skall således vara förutsebara för leverantörerna. Därför krävs:

- information om existerande regelverk (direktiven har offentliggjorts genom EGT och LOU genom svensk författningssamling, SFS).*
 - information om kommande upphandlingar och vilka krav som ställs på dessa samt eventuella ändringar av dessa krav (sker genom annonseringskravet i EGT).*
 - information i förhand om vilka objektiva kriterier som gäller för upphandlingen (skall framgå av annons eller förfrågningsunderlag).*
 - information om resultatet av upphandlingar (sker genom krav på annonsering i efterhand).*
 - information till anbudsgivare som inte kommit i fråga (sker genom krav på upphandlande enheter att inom 15 dagar meddela anbudsgivarna varför de inte antogs och vem som fick uppdraget).*
- Ett viktigt exempel på transparens är kravet på att förfrågningsunderlaget är fullständigt och tydligt, att utvärderingskriterierna om möjligt är rangordnade och att annan viktning eller betygsättning av kriterierna så långt möjligt framgår för leverantörerna. Leverantören måste kunna förstå vad den upphandlande enheten efterfrågar så att han kan lämna rätt anbud och poängtera dess fördelar.*

Leverantören skall inte behöva gissa sig till vad som efterfrågas. Detta har naturligtvis också stor ekonomisk betydelse för att den upphandlande enheten skall få rätt leveranser som svarar mot det behov enheten har”.

Från gemenskapsrättslig praxis föreligger ett avgörande från EG-domstolen i det s.k. UniversaleBau-målet^[5] där skyldigheten att redovisa viktningen av värderingskriterier bl.a. berörts:

EG-domstolen noterade att det fick anses utrett att den upphandlande enheten redan från början fastställt vilken betydelse (viktning) som skulle tillmätas vart och ett av de urvalskriterier som enheten avsåg att tillämpa. Anbudsinfordran innehöll emellertid inte någon uppgift om detta utan enheten nöjde sig med att deponera handlingarna avseende viktningförfarandet hos en notarie. EG-domstolen uttalade i anledning av detta att "... då kontrakt skall tilldelas vid offentlig upphandling måste både principen om likabehandling av möjliga anbudsgivare och principen om insyn iaktas i alla stadier, och bland annat då anbudssökande väljs ut i ett selektivt förfarande, så att alla ges samma möjligheter när de utformar sina ansökningar om deltagande eller sina anbud ...". Domstolen konstaterade därvid att om den upphandlande enheten i ett selektivt förfarande i förväg har fastställt regler för den inbördes betydelsen (viktningen) av kriterierna för att välja vilka anbudssökanden som får lämna anbud, skall dessa regler anges i annonsen eller förfrågningsunderlaget.

Även i svensk nationell rättspraxis förekommer ett antal avgöranden där domstolarna har bedömt vad de upphandlande enheterna har iakttagit i fråga om rangordning och viktning.

Kammarrätten i Jönköping hade^[6] att pröva Vägverkets upphandling avseende tillverkning och leverans av registreringsskyltar, där värderingskriterierna inte hade rangordnats och viktats på ett tydligt sätt i förfrågningsunderlaget. Kammarrätten, vilken förordnade att upphandlingen skulle göras om, angav i domskälen bl.a. följande motivering:

”För att kunna lämna ett väl avvägt anbud måste således varje anbudsgivare redan i förfrågningsunderlaget kunna utläsa hur såväl skall-krav som bör-krav kommer att värderas av den upphandlande enheten. Det har inte framkommit att det varit omöjligt för Vägverket att rangordna och vikta de olika kraven. Vid avsaknad av rangordning och viktning finns utrymme för subjektiva värderingar, vilket inte får förekomma. Ett förfrågningsunderlag som inte är klart och tydligt åsidosätter principen om förutsebarhet och öppenhet (transparens) och principen om affärsmässighet och innebär ett brott mot 1 kap. 4 § LOU. Enligt kammarrättens mening har det i målet aktuella förfrågningsunderlaget inte uppfyllt kraven på transparens och affärsmässighet”.

Beträffande frågan på vilket sätt skaderekvisitet kunde anses uppfyllt vid den ifrågavarande typen av överträdelse angav kammarrätten följande:

”Det förhållandet att utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget inte rangordnats och viktats försvårar en rättvis jämförelse av anbuden. Den förutsebarhet och öppenhet som eftersträvas motverkas och kan komma att medföra skada för /leverantören/ vid prövning av det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet” .

Kammarrätten i Göteborg^[2] hade att pröva Mölndals kommuns upphandling avseende abonnentväxel och stödfunktioner, där värderingsomständigheterna hade rangordnats men enbart delvis viktats på ett tydligt sätt i förfrågningsunderlaget. Kammarrätten förordnade att upphandlingen skulle göras om.

Av underlaget för upphandlingen framgick endast att vissa huvudkriterier skulle komma att viktas mot varandra medan det vid utvärderingen visade sig att poängsättning och viktning skedde även av ett antal underkriterier. Av kravspecifikationen gick det inte heller att utläsa att vissa av de punkter som angavs i kravspecifikationen vid utvärderingen även kommer att bilda underkriterier till i förfrågningsunderlaget angivna underkriterier och poängställas inbördes. Kammarrätten angav att det måste förutsättas att leverantörernas möjlighet att utforma sina anbud skulle ha varit andra än vad som nu varit fallet om vetskap förelegat om hur utvärderingen skulle gå till varvid den klagande leverantören kunde anses ha lidit skada eller riskerat skada.

Länsrätten i Stockholms län^[3] hade att pröva Stockholms läns landstings (genom Locum AB) upphandling av renhållningstjänster, där värderingsomständigheterna hade rangordnats men inte viktats på ett tydligt sätt i förfrågningsunderlaget. Länsrätten förordnade att upphandlingen skulle göras om, mot länsrättens dom lämnades inte prövningstillstånd.

Av förfrågningsunderlaget framgick att bedömning skulle komma ske utifrån tre kriterier som i förfrågningsunderlaget hade rangordnats i inbördes angelägenhetsgrad (A-C). Av underlaget framgick däremot inte någon poängsättning eller viktningssprocent för de olika individuella utvärderingskriterierna eller att viktning skulle komma att ske. Länsrätten konstaterade att förfrågningsunderlaget därmed inte varit så preciserat att det stått klart för anbudsgivarna vad som krävs för att ett anbud skall komma att antas. Kravet på affärsmässighet vid upphandlingen har härigenom åsidosatt, varvid de klagande leverantörerna kunde anses ha lidit skada eller riskerat skada.

Länsrätten i Södermanlands län^[4] hade att pröva ett kommunalt bostadsbolags upphandling av värmeleverantörer, där bolaget hade förbehållit sig "*rätten att först vid urvalet av anbud bestämma prioritetsordningen*" av kriterierna. Länsrätten förordnade att upphandlingen skulle göras om, domen har vunnit laga kraft.

Av förfrågningsunderlaget framgick att bedömning skulle komma ske utifrån ett antal icke rangordnade kriterier enligt vilka bolaget hade förbehållit sig "*rätten att först vid urvalet av anbud bestämma prioritetsordningen*". Länsrätten konstaterade att "Detta är en allvarlig brist i underlaget. Den av [bolaget] först i efterhand gjorda viktningen av värderingskriterierna är också sådan att den starkt kan ifrågasättas. Detta får till följd att de omständigheter som enligt förfrågningsunderlaget skall tillmätas betydelse inte överensstämmer med dem som tillmätts betydelse vid utvärderingen av anbuden. De sålunda redovisade bristerna i förfrågningsunderlaget är i sig av sådan art att de är ägnade att försvåra en rättvis jämförelse av anbuden", varvid den klagande leverantören kunde anses ha lidit skada eller riskerat skada.

Yttrande

Luleå kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet. Kommunen har muntligt meddelat att den i samband med den process i länsrätt som förevarit beslutat avbryta upphandlingen samt korrigera sina rutiner inför framtida upphandlingar.

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.

I den aktuella upphandlingen av skolskjutstransporter har Luleå kommun angivit ett antal inbördes rangordnade kriterier som skall tillmätas betydelse vid anbudsutvärderingen. Vidare har kommunen uppgivit att viktning och poängsättning kommer att ske i enlighet med dessa

kriterier i en skala 1-10. Någon information till ledning av hur viktning och poängsättningen kommer att gå till lämnas emellertid inte i förfrågningsunderlaget. Istället har kommunen uppgivit att den har som policy att inte i förväg, i förfrågningsunderlaget eller på annat sätt, redovisa hur den kommer att vikta förekommande värderingskriterier.

Gällande bestämmelser om offentlig upphandling bygger på principen om konkurrens på lika villkor. Som grundläggande förutsättning för en effektiv konkurrens gäller att presumtiva anbudsgivare på bästa sätt informeras om samtliga villkor för anbudsvärderingen, för att härigenom kunna anpassa sina anbud till exakt vad som efterfrågas. För den upphandlande enheten medför ett preciserat anbudsunderlag att anbuden på ett enkelt sätt och utan ytterligare nollställningsåtgärder kommer att gå att jämföras med varandra. På leverantörssidan har de som överväger att lämna anbud i en upphandling dessutom en rätt att få del av all information som krävs för att de på bästa sätt skall kunna hävda sig i upphandlingskonkurrensen.

Lagen om offentlig upphandling har därför uppställt krav på transparens och likabehandling, som innebär en skyldighet för upphandlande enhet att i förväg redovisa det praktiska tillvägagångssättet för anbudsvärderingen samt att informera om vilka åtgärder och bedömningar som enheten avser att vidta under upphandlingsprocessen.

Förfrågningsunderlaget skall vara fullständigt och tydligt och utvärderingskriterierna skall om möjligt vara rangordnade. Om viktning eller annan betygssättning skall komma i fråga måste förutsättningarna för denna process framgå på ett sådant sätt att leverantörerna ges en rimlig möjlighet förstå hur den upphandlande enheten kommer att resonera vid anbudsvärderingen. Leverantörerna skall självfallet inte behöva gissa sig till vad som efterfrågas eller hur anbudsvärderingen kommer att ske.

Den policy som Luleå kommun har givit uttryck för, att inte i förväg offentliggöra sina metoder för viktning och poängsättning, strider således mot principerna om transparens och likabehandling i lagen om offentlig upphandling och på området gällande gemenskapsrättsliga direktiv. Konkurrensen riskerar därmed att snedvridas till följd av bristande förutsägbarhet för leverantörer och genom de moment av godtycke som härigenom kan komma att föras in i upphandlingsprocessen.

^[1] E-mailmeddelande den 2 februari 2004 från kommunjuristen i Luleå kommun till Svenska taxiförbundet.

^[2] Antalet skolelever med kommunbetalda transporter uppgick enligt förfrågningsunderlaget till totalt 1.724 elever under år 2003. Skolskjutsbudgeten uppgick detta år till 12.200.000 kronor.

^[3] Länsrätten i Norrbottens län beslut den 9 februari och dom den 16 februari 2004 i mål nummer 223-04. Av domslutet framgår bl.a. följande: ”Vid den nya upphandlingen skall utvärderingskriterierna preciseras till sin innebörd och vidare skall den inbördes viktningen mellan de olika utvärderingskriterierna klart framgå av förfrågningsunderlaget”.

^[4] Hentze och Sylvén, lagbokscommentaren till lagen om offentlig upphandling, Norstedts 1998, upplaga 1:2 sid. 15 f (den blå upplagan).

^[5] EG-domstolens förhandsavgörande den 12 december 2002 i mål C-470/99, Universale-Bau AG m.fl. / Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH.

^[6] Kammarrätten i Jönköping mål nr 2976-2001.

^[7] Kammarrätten i Göteborg mål nr 2409-03 E.

^[8] Länsrätten i Stockholms län, mål nr 2079-03E.

^[9] Länsrätten i Södermanlands län, mål nr 2299-99.