

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 05-055

PM 2 2006-03-08 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Älvsbyns kommun har vid upphandling av tjänster för drift av en turistbyrå med minsta möjliga poängmässiga marginal beslutat om tilldelning på grundval av kriterier som inte tydligt uttryckts i förfrågningsunderlaget eller klarlagts på annat sätt.

Älvsbyns kommun inhämtade i oktober 2005 skriftliga anbud avseende kommunal turistbyråverksamhet under perioden den 1 januari 2006 till och med den 31 december 2007, med möjlighet till två års förlängning (2 + 2 år). Av förfrågningsunderlaget för upphandlingen, daterat den 24 oktober 2004 framgår att upphandlingen skall handläggas som en s.k. förenklad upphandling samt att prövning kommer att ske enligt principen för ”det ekonomiskt mest fördelaktiga” anbudet, med hänsyn tagen med 60 procent till pris och med 40 procent till ett antal kvalitetskriterier.

Kvalitetskriterierna, som i underlaget har angivits som ”Verksamhetsplan, Utvecklingsplan och utvecklingsmöjligheter” är inte inbördes viktade eller rangordnade.

Under rubriken ”Verksamhetsplan, Utvecklingsplan och utvecklingsmöjligheter” redovisas följande: ”Entreprenörens verksamhetsplan samt kortsiktiga och långsiktiga utvecklingsplaner för turistbyråverksamheten. Dessa skall redovisas och kommer att ligga som grund för turistbyråns framtida verksamhet. Bedömningen kommer att ske utifrån anbudsgivarens skriftliga redogörelser i anbudet”. Någon annan information till ledning av vad Kommunen avsett att tillmäta betydelse vid prövning av inkomna anbud lämnas inte i förfrågningsunderlaget eller i något annat underlag för upphandlingen. I underlaget förekommer enbart s.k. skall-krav, som ovillkorligt måste vara uppfyllda för att anbud skall upptas till prövning. Några s.k. bör-krav eller andra önskemål som kan utgöra underlag för en eventuell kvalitetsvärdering redovisas däremot inte.

Vid anbudstidens utgång den 24 november registrerades tre inkomna anbud, här angivna som A, B, och C.

Tilldelningsupplysning lämnades anbudsgivarna den 2 december 2005. Av den anbudsvärdering, daterad den 30 november 2005, som bilades tilldelningsupplysningen framgår följande fördelning:

Anbud:	Anbudspris/år:	Prispoäng (60%):	Kvalitetspoäng (40%)	Viktad totalpoäng (60/40)
Anbud A	700.000 kronor	6,3 poäng	8,0 poäng	7,0 poäng
Anbud B	439.500 kronor	10,0 poäng	8,0 poäng	8,4 poäng
Anbud C	586.000 kronor	4,5 poäng	10,0 poäng	8,5 poäng

Efter viktning (60/40) har Anbudsgivare B, som avgav det lägsta anbudet, således tilldelats totalt 8,4 slutpoäng att jämföra med vinnande anbud från Anbudsgivare C med totalt 8,5 slutpoäng. Anbudsgivare C tilldelades således uppdraget.

Av tilldelningsupplysningen framgår enbart hur prispoängen har beräknats. Vad avser kvalitetspoängen har redovisats en (varken daterat eller behörigen underteckad) handling med lösryckta citat ur anbuden, vilka har poängsatts.

Den totala upphandlingens värde kan med ledning av inkomna anbud uppskattas till c:a 2 miljoner kronor inklusive förlängningsperioden.

Länsrätten i Norrbottens län har genom dom den 6 februari 2006 förordnat att upphandlingen skall göras om.^u

Gällande rätt

All offentlig upphandling och vad som äger samband med den, regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Tjänster för turistinformation (CPV 63513000) utgör sådana tjänster – kategori 20, ”andra tjänster” enligt en bilaga B till lagen – vilka oavsett kontraktsvärdet skall upphandlas enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU.

Skyldighet att följa lagens bestämmelser åvilar samtliga statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting, vilka enligt lagens terminologi benämns som ”*upphandlande enheter*”. Tillsyn över lagen utövas av Nämnden för offentlig upphandling (NOU).^[2]

Av 1 kap. 4 § LOU framgår 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.

Lagens bestämmelser bygger på de gemenskapsrättsliga grundsatser, bl.a. principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn (*transparens*) som bär upp den centrala EG-rätten och kommer till uttryck genom EG-fördraget.^[3] Likabehandlingsprincipen är tillämplig på all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena, och innebär i korthet att samtliga tänkbara leverantörer ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud vid offentlig upphandling. Vissa leverantörer eller grupper får inte ensidigt gynnas.

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 förutsäga på vilket sätt deras anbud kommer att beaktas vid den jämförande värderingen av inkomna anbud. Enligt Högsta domstolens domskäl i NJA 1998 sid. 873 är det till exempel uppenbart lagstridigt att förbehålla sig fri prövningsrätt vid offentliga upphandlingar. I doktrinen framhålls bl.a. följande avseende kravet på transparens och öppenhet.

”Med transparens förstås främst skyldigheten för den upphandlande enheten att lämna information om upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt rättigheter 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. [...] 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.”^[4]

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har vid flera tillfällen betonat vikten av tydliga förfrågningsunderlag inklusive utvärderingskriterier. Nämnden har bland annat angivit följande.

”Anbudsgivarna skall inte tvingas spekulera i vad den upphandlande enheten efterfrågar och hur anbudet kommer att utvärderas. Det är inte heller tillåtet att till grund för beslut om leverantör lägga ett för anbudsgivarna i förväg okänt kriterium, såsom att kommunen först efter anbudstidens utgång bestämmer sig för eller preciserar vad som avses med ’önskad materialkategori’. NOU anser inte heller att det för Järfälla kommun varit omöjligt att ange utvärderingskriterierna i inbördes rangordning. – Samma resonemang kan i allt väsentligt tillämpas även avseende de inte närmare preciserade kriterierna av ’färdigställandetid’ och ’miljöpåverkan’. Om tiden varit väsentlig borde det åtminstone ha angivits inom vilken tidsrymd arbetet borde påbörjas och avslutas samt hur den upphandlande enheten tänkte värdera ett tidigt färdigställande. Att ange ungefärlig tidpunkt för arbetes påbörjande hade varit särskilt angeläget mot bakgrund av kravet på att ’arbetet skall starta snarast efter beställning och enligt överenskommelse med beställaren’. Vad som avses med ’miljöpåverkan’ hade inte heller närmare angivits i förfrågningsunderlaget.”^[5]

När det gäller kravet på viktning framgår av betänkandesatserna i det nya upphandlingsdirektivet för den s.k. klassiska sektorn, som antogs 2004 bl.a. följande:

”För att garantera att principen om likabehandling iaktas vid kontraktstilldelning bör det fastställas en skyldighet – i enlighet med rättspraxis – att garantera nödvändig öppenhet, så att alla anbudsgivare i rimlig mån kan informeras om de kriterier och villkor som kommer att tillämpas för att urskilja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. En upphandlande myndighet bör därför ange tilldelningskriterierna samt viktningen av de olika kriterierna inbördes i så god tid att anbudsgivarna har kännedom om dem vid utarbetandet av sina anbud. En upphandlande myndighet får göra undantag från kravet att ange viktning av tilldelningskriterierna i vederbörligen styrkta fall, som de måste kunna motivera, när denna viktning inte kan anges i förväg på grund av upphandlingens komplicerade art. I dessa fall måste de ange kriterierna i fallande prioritetsordning.”^[6]

Från förvalningsdomstolarnas praxis kan nämnas två avgöranden från Kammarrätten i Sundsvall, där utvärderingskriterier uppställda på ett liknande sätt som i förevarande ärende har bedömts. I det ena avgörandet, från 1997, hade kammarrätten att pröva Vilhelmina kommuns upphandling avseende ajourhållning av kartdatabaser för grundkartor samt utveckling av digital karthantering, där värderingskriterierna visserligen rangordnats, med i övrigt uppställts punktvis. Kammarrätten, vilken förordnade att upphandlingen skulle göras om, angav i domskälen bl.a. följande motivering.

”I förfrågningsunderlaget har kommunen under rubriken Anbudsbedömning angett de sex kriterier som klaganden redogjort för. Vad som krävs i organisatoriskt hänseende eller vad som krävs i form av resurser och vad som avses med det senare begreppet definieras inte. Inte heller lämnas någon information i förfrågningsunderlaget om vad som avses med t.ex. projekt- och lokalkännedom. I stället överlämnas åt anbudsgivarna att själva ange vad de anser ligga i de olika begreppen och i vilken mån de anser att de uppfyller dem. Kommunen har genom en sådan utformning av förfrågningsunderlaget och principerna för anbudsbedömningen lämnat utrymme för heltigenom subjektiva bedömningar. Enligt kammarrättens mening har kommunen härigenom åsidosatt kravet på affärsmässighet vid upphandlingen. Förfarandet strider därför i detta avseende mot LOU.”^[7]

I ett senare avgörande från 2000 hade kammarrätten att pröva Landstingets i Dalarna upphandling avseende konferenstjänster, där utvärderingskriterierna var uppställda på liknande sätt, punktvis utan närmare förklaring. Kammarrätten, som även i detta fall förordnade att upphandlingen skulle göras om, angav i domskälen bl.a. följande motivering.

”Vidare anser kammarrätten att flera av utvärderingskriterierna – huvudsakligen lokalisering, resurser, referenser och tillgänglighet – ger stort utrymme för godtycke och därför inte kan anses så preciserade att det för anbudsgivaren står klart vilka ekonomiska åtaganden i detta hänseende som landstinget kräver för att ett anbud skall komma att antas. I stället överlämnas åt anbudsgivarna att tolka dessa kriterier. Dessutom är vissa kriterier, bl.a. leverantörsbedömning och ekonomi, snarare att hänföra till pris och övriga kommersiella villkor än till kvalitet. Sammanfattningsvis finner kammarrätten att de utvärderingskriterier som angivits i förfrågningsunderlaget inte utgör tillräckligt underlag för anbudsgivningen rörande konferenstjänster. Landstinget har härigenom åsidosatt kravet på affärsmässighet vid upphandlingen vilket utgör grund för åtgärd enligt 7 kap 2 § LOU.”^[8]

Kammarrätten i Jönköping hade i ett avgörande från 2001 att pröva Vägverkets upphandling avseende tillverkning och leverans av registreringsskyltar, där värderingskriterierna inte hade rangordnats eller 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.”^[9]

Enligt EG-fördraget gäller, som redovisats ovan, 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. 1994/95:1 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 leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

Yttrande

Älvsbyns kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

Bedömning

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

Älvsbyns kommun har i ett förfrågningsunderlag avseende driften av den lokala turistbyrån angivit att värdering och tilldelning skall ske med utgångspunkt i anbudens pris och ett antal kvalitetskriterier såsom *”Verksamhetsplan, Utvecklingsplan och utvecklingsmöjligheter”*. Vilken innebörd som ligger i de angivna kvalitetskriterierna eller vilka rent faktiska omständigheter i de redovisade verksamhets- och utvecklingsplanerna som kommunen skall komma att tillmäta särskild betydelse, framgår emellertid inte. Förfrågningsunderlaget innehåller över huvud taget inte någon information till ledning för hur inkomna anbud skall komma att kvalitetsvärderas och poängsättas.

Trots detta har kvalitetsfaktorerna verksamhetsplan, utvecklingsplan och utvecklingsmöjligheter tillmätts avgörande betydelse vid tilldelningen i upphandlingen på så sätt att ett jämfört med lägsta bud mer än 25 procent dyrare anbud har antagits. Poängskillnaden mellan lägsta bud och vinnande anbud utgjordes av endast en tiondels poäng.

Eftersom förfrågningsunderlaget inte innehöll några som helst uppgifter till ledning för hur anbuden skulle komma att bedömas, har anbudsgivarna varit hänvisade till att i allt väsentligt försöka gissa sig till vad kommunen skulle komma att prioritera i upphandlingen. Tilldelningen har således kommit att baseras på till synes rent slumpmässiga förhållanden. Förfarandet har därför på avgörande punkter brutit i affärsmässighet och kommit att strida mot lagen om offentlig upphandling på ett konkurrensnedvridande sätt.

^[1] Länsrätten i Norrbottens län, dom den 6 februari 2006 i mål 2661-05 E, länsrätten har tidigare genom beslut den 12 december 2005 förordnat om omedelbart verkställighetsförbud (inhibition), innebärande att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

^[2] Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.

^[3] Se EG-domstolens dom den 3 december 2001 i mål C-59/00 (Vestergaard), se även domstolens dom den 13 oktober 2005 i mål C-458/03 (Parking Brixen), av vilka framgår giltigheten av den centrala EG-rättens principer, även utanför upphandlingsdirektiven.

^[4] Hentze och Sylven, lagbokscommentaren, Norstedts, upplaga 1:2, sid 15f (den blå utgåvan).

^[5] Nämnden för offentlig upphandling (NOU), NOU-info, oktober-99, sid. 12. Se även NOU-info, december-01, sid. 5 och 20-21, samt NOU-info mars-2002, sid. 5 och 12-13.

- ^[6] Europaparlamentets och Rådets direktiv (2004/18/EEG) om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg-entreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet), betänkandesats 46, 2 stycket. Direktivet antogs den 13 mars 2004 och träder i kraft med s.k. direkt effekt, den 1 februari 2006.
- ^[7] Kammarrätten i Sundsvall, dom i mål nr 943-1997 (Vilhelmina kommun).
- ^[8] Kammarrätten i Sundsvall, dom i mål nr 1669-2000 (Landstinget i Dalarna).
- ^[9] Kammarrätten i Jönköping, dom i mål nr 2976-2001 (Vägverket).
-